

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU
NOTAIRE EN SECOND
ET DES
TÉMOINS INSTRUMENTAIRES
DANS LES ACTES NOTARIÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mardi 17 Décembre 1901, à 2 h. 1/2.

PAR

A. CADET

Président : M. SALEILLES, professeur.
Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur.
 MASSIGLI, professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

1901

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU

NOTAIRE EN SECOND

ET DES

TÉMOINS INSTRUMENTAIRES

DANS LES ACTES NOTARIÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mardi 17 Décembre 1901, à 2 h. 1/2.

PAR

A. CADET

Président : M. SALEILLES, professeur.
Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur.
 MASSIGLI, professeur.



PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

L'institution du notariat telle qu'elle est connue en France est toute moderne, elle n'offre que quelques points de ressemblance avec le collège des tabellions de Rome et n'en présente aucun avec la profession de ceux qui, connus chez les Romains sous la désignation de *notarii*, ont donné le nom à notre moderne institution. Ceux-ci n'étaient que de simples copistes dont pouvait se servir le tabellion. Mais les notes, les actes, les engagements, que dictaient ou rédigeaient les uns et les autres, n'étaient toujours que des écrits privés ; leur présence et leur signature ne donnaient point à leurs actes, comme à ceux de nos notaires le caractère de l'autorité publique.

La nécessité de l'ordre des choses actuel fut sentie par Charlemagne, et dans ses capitulaires, en désignant sous le nom de : *judices cathularii* les notaires qu'il voulait créer, il donnait par

cette précise et énergique dénomination; la véritable définition du notaire actuel, de ce juge volontaire dont la présence et la signature impriment aux actes passés devant lui le caractère, la force et les effets d'un jugement en dernier ressort. Le régime féodal, les invasions, les guerres et l'ignorance qui affligèrent la France sous les régimes suivants condamnèrent à l'oubli les capitulaires de Charlemagne, l'idée qu'il avait conçue du notariat ne reçut point d'exécution et cette institution, comme presque toutes les autres conceptions de ce grand homme, furent pour ainsi dire ensevelies dans sa tombe et y restèrent oubliées pendant plusieurs siècles.

Enfin Louis IX parut. Il trouva toutes les parties du gouvernement dans la plus complète anarchie, le droit de rendre la justice s'adjudgeait avec les autres parties du domaine, et le dernier enchérisseur devenait en même temps receveur du domaine et juge, il percevait comme receveur les amendes et les confiscations qu'il prononçait comme juge : le greffe et le notariat faisaient partie de l'adjudication. Sous un pareil régime, toutes les idées de justice, de sûreté et de propriété étaient anéanties.

Louis IX voulut changer cet état de choses et

pour arriver à un meilleur ordre, il fallut bien que le droit de juger cessât d'être mis à l'enchère; il nomma le prévôt, ne lui laissa d'autre soin que celui de rendre la justice; un receveur fut chargé de l'administration du domaine et, pour compléter cette grande réforme, il créa soixante notaires chargés de recevoir les actes de la juridiction volontaire et de donner à ces actes le caractère de l'autorité publique. L'attribution était importante, et l'ordre public exigeait que le notaire gardât intacte la dignité qui lui avait été accordée. Aussi fallait-il le prémunir contre toute tentation d'intérêt ou de fraude; c'est ce que fit Louis IX en exigeant qu'ils fussent toujours deux notaires pour recevoir les actes. C'est à cette création que se reporte sans doute l'idée du notaire en second car l'ordonnance de 1498 est la première qui en parle, mais elle donne à entendre que déjà les contrats étaient passés par deux notaires.

En effet aux termes de cette ordonnance Louis XII décide: « qu'un seul notaire ou tabellion ne peut
« recevoir aucun contrat sans qu'il y ait deux
« témoins, nonobstant quelques coutumes locales
« constantes, lesquelles il déclare nulles et abu-
« sives. »

Après lui, François I^{er}, dans un édit du 11 dé-

cembre 1543 sur les fonctions des notaires, ordonne que tous les actes seront reçus par un notaire et deux témoins ou par deux notaires, et que la minute restera aux mains du notaire qui l'aura écrite. « Pour la meilleure administration de la chose publique en ce qui concerne le passément des contrats d'entre nos sujets et afin d'obvier à plusieurs inconvénients et abus, désordres et confusion souventes fois advenus es-expéditions desdits contrats tant par la diversité des formes dont était usé au passément d'iceux contrats que par le moyen de plusieurs entreprises que faisaient les tabellions sur les notaires et les notaires sur les tabellions, et aussi les juges et greffiers, leurs lieutenants et commis sur lesdits notaires et tabellions au grand détriment de nos droits et de ladite chose publique.

« Avons dit et ordonné, disons et ordonnons par ces présentes qu'au passément et réception de tous contrats et actes qui se feront par lesdits notaires, y aura un notaire et deux témoins ou deux notaires sans témoins si les parties contractantes le veulent requérir, et que la note desdits contrats, procuration et autres actes reçus par lesdits notaires demeurera devers celui desdits notaires qui l'aura écrite. »

Henri III dans son ordonnance du mois de mai 1579 vint aggraver encore la rigueur de cette législation en décidant « que le notaire, s'il est es-ville ou gros bourg esquels vraisemblablement on puisse avoir témoins qui sachent signer, soit tenu d'appeler pour le moins un témoin qui sache signer et lequel actuellement sache signer la minute. »

Dès lors l'institution du notaire en second était entrée définitivement dans nos lois. Bien qu'elle fût créée postérieurement à celle des témoins dont une ordonnance de Philippe IV avait déjà réglé le nombre et les attributions, elle devait comme celle-ci subsister jusqu'à nos jours. Le notaire en second et les témoins devaient jouer le même rôle dans la réception des actes et l'absence de l'un devait être suppléée par la présence des autres. Les lois du 25 ventôse an XI et du 21 juin 1843 n'ont fait que confirmer la législation sur ce point.

Celle-ci du reste était appelée à s'étendre, les dispositions de la loi de ventôse sur la forme des actes, comme les interdictions établies par les articles 8 et 10 de la même loi sur la parenté du notaire avec les parties et les témoins, étaient trop sagement conçues et trop bien combinées pour ne

pas être reproduites dans les différentes législations. On les retrouve dans toutes les lois étrangères constitutives du notariat.

En Allemagne les notaires n'ont, le plus souvent, qu'une situation secondaire de rédacteurs ; les conventions qu'ils reçoivent n'ont pas plus d'autorité que les actes sous seing-privé, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire et ce n'est que par la confirmation judiciaire qu'elles deviennent authentiques. Néanmoins dans les actes qu'ils reçoivent les notaires allemands instrumentent d'ordinaire avec l'assistance d'un autre notaire ou de deux témoins.

En Espagne, en Italie et en Hollande la législation notariale est sensiblement la même qu'en France. Les actes qui doivent être passés devant notaires sont les mêmes qu'en France, les notaires doivent être assistés de deux témoins ou d'un second notaire, et les actes ainsi reçus font foi jusqu'à inscription de faux.

Dans d'autres pays, tels que l'Autriche, la présence du second notaire ou des témoins n'est requise que pour certains actes limitativement déterminés. Il en est ainsi pour les testaments, les donations, les révocations de testament ou de donations, les procurations données à l'effet de

passer ces derniers actes et lorsqu'une des parties est atteinte de cécité, surdité, mutisme ou ne connaît pas la langue du pays.

Enfin, en Russie, la forme notariée n'est imposée à peine de nullité que pour les actes translatifs ou constitutifs de droits réels tels que la vente, la donation, les constitutions de servitudes et de droits réels. Tout acte notarié doit être reçu en présence de deux témoins au moins et il en faut trois pour les actes translatifs de propriété immobilière.

En France, la loi du 25 ventôse an XI est venue apporter à l'institution notariale des modifications profondes ; toutefois le législateur de cette époque a conservé les règles précédemment établies sur les témoins instrumentaires et le notaire en second. Ces règles, il les a précisées en déterminant d'une façon expresse et formelle les conditions de forme des actes notariés, les conditions de capacité des témoins et des notaires, l'étendue de leur responsabilité.

Ce sont ces règles que nous allons étudier successivement en tenant compte de celles établies par la loi du 21 juin 1843. Nous diviserons donc notre travail en trois parties, savoir : 1^o la réception des actes notariés, 2^o la capacité des témoins et des notaires, 3^o la nullité des actes et ses consé-

quences par rapport aux mêmes personnes. Enfin nous terminerons en passant en revue les diverses modifications proposées à l'article 9 de la loi de ventôse an XI par les projets ou propositions de loi, déposés récemment au Sénat et à la Chambre des députés.

RÉCEPTION DES ACTES NOTARIÉS

De la présence du notaire en second, du nombre et de la présence des témoins instrumentaires dans ces actes.

Si nous nous reportons à une époque antérieure à la loi de 1843, nous voyons qu'une vive et importante controverse s'était élevée sur le point de savoir si un acte authentique pouvait être annulé pour défaut de présence, à la réception de l'acte, du notaire en second ou des témoins instrumentaires.

Un parti important de la doctrine tenait pour la négative, mais les auteurs qui embrassaient cette opinion n'étaient pas tous d'accord sur l'étendue qu'il convenait de reconnaître à ce principe. Les uns soutenaient qu'il était tombé en désuétude aussi bien à l'égard du notaire en second que des

témoins qui le remplacent ; d'autres, et c'était le plus grand nombre, s'appuyant sur ce que l'art. 9 dit seulement que l'acte sera *reçu par deux notaires* tandis que, à l'égard des témoins, il exige qu'il soit reçu par un notaire assisté de deux témoins, soutenaient que si la présence réelle du notaire en second n'était pas indispensable, il en était autrement de celle des témoins. Enfin Toullier maintenait avec vigueur la nécessité de la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires. Et c'est en ce sens que l'article 9 de la loi de ventôse a continué d'être interprété en Belgique. Tous les auteurs comme la jurisprudence y ont unanimement décidé que les deux notaires comme les témoins doivent toujours être réellement présents à la réception des actes.

La jurisprudence n'était pas moins partagée que la doctrine. Des arrêts nombreux, dont plusieurs émanent de la Cour de cassation, proclamaient que la présence du notaire en second ou des témoins à la lecture et à la signature des actes était nécessaire à peine de nullité. Les notaires des villes et des localités dans lesquelles l'usage contraire s'était établi, attaquaient cette opinion comme impraticable en fait, comme inutile dans son but, enfin comme préjudiciable aux parties

qui en définitive seraient obligées de supporter les frais de déplacement d'un second notaire. Devant ces réclamations multiples, certains tribunaux, il est vrai, avaient fini par juger que, dans les actes ordinaires des notaires, il n'était pas nécessaire que les témoins fussent présents à la passation de l'acte et qu'il suffisait qu'il en fût donné lecture en leur présence avant la signature. Quant aux testaments et aux donations, les auteurs comme la jurisprudence convenaient qu'il était d'usage que le notaire fût présent à la réception de ces actes. Mais cet usage, il faut le dire, n'avait aucune limite bien déterminée et tout le monde dans une matière si grave et si usuelle éprouvait le besoin de lui voir une sanction dans la loi. Ajoutons qu'il est des actes dont l'importance et la solennité ne sont pas moins grandes que celles des testaments. Or, pour ces actes, l'usage n'offrait aucune protection. C'est en présence de ces vagues et de ces dangers, en présence surtout des graves responsabilités dont, en différentes occasions, des arrêts avaient frappé des notaires qui s'étaient conformés de bonne foi à l'usage qu'ils avaient vu pratiquer par leurs devanciers ; c'est en présence d'une responsabilité qui avait été étendue jusqu'au notaire en second, que le lé-

gislateur sentit non seulement la nécessité d'une législation nouvelle mais aussi le besoin d'amnistier en quelque sorte le passé, en plaçant les actes sous la protection de la règle : *error communis facit jus*. C'est dans ce conflit qu'est intervenue la loi de 1843. Elle a pour but d'interpréter l'article 9 et de mettre fin à une polémique, qui laissait incertains, quant à leur validité, un grand nombre d'actes passés sous l'empire d'un usage dont la force obligatoire n'était pas universellement reconnue, et de déterminer les actes à l'égard desquels la présence réelle du notaire en second et des témoins instrumentaires est nécessaire, et en quoi consiste cette présence.

De ce que l'article 1^{er} de la loi de 1843 est interprétatif de la loi de ventôse an XI, il résulte qu'il a nécessairement validé tous les actes notariés faits jusqu'à sa promulgation, sauf toutefois ceux à l'égard desquels était exigée la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires par des dispositions spéciales, sans que cette loi eût en rien modifié ces dispositions.

Et comme l'effet d'une loi interprétative est de saisir même les questions déjà pendantes devant les tribunaux pour en soumettre la solution à l'interprétation donnée par elle, c'est également

avec raison qu'il a été décidé que la loi du 21 juin 1843, article 1^{er}, devait s'appliquer aux procès qui se trouvaient engagés à l'époque de sa promulgation, sans qu'on pût écarter cette application par le principe de la non-rétroactivité des lois. Cependant, il ne serait plus permis de revenir sur des décisions devenues irrévocables avant la promulgation de ladite loi et qui auraient annulé des actes pour contravention à l'article 9 de la loi de ventôse an XI.

En effet, que nous dit cet article : « Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé ». « Les actes seront reçus » ne sont-ce pas ces mots qui ont été l'objet d'une si vive et si sérieuse controverse dans la jurisprudence et parmi les auteurs. Quelle est leur signification ? La réception des actes se compose de quatre parties : la discussion des conventions, leur rédaction, la lecture et la signature. La loi de ventose a-t-elle entendu que le notaire en second ou les deux témoins, quand il n'y a pas de second notaire, pourra se dispenser d'être présent à ces quatre phases de la réception de l'acte et qu'il suffira qu'il le signe après coup ? Telle était la question posée et si diversement résolue. La

loi additionnelle de 1843 a tranché le différend. L'article 1^{er} de cette loi dispose expressément que les actes notariés ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception de ces actes. Et lors de la discussion de cette loi M. Sauzet, Président de la Chambre des députés, avait pu dire en résumant les débats auxquels avaient donné lieu les articles 1, 2 et 3. « Il est bien entendu que la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires n'est exigée, comme condition de validité, à aucune des phases de la réception des actes ».

En outre, dans l'article 2 de la loi du 21 juin, nous lisons ces mots : A l'avenir les actes notariés contenant donation entre vifs..... seront à peine de nullité « reçus conjointement » par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins ». Quel est le sens de ces mots : reçus conjointement. Si nous nous en rapportons à la discussion de la loi nous trouvons ces paroles de M. Philippe Dupin : « La commission a donné mission expresse à son rapporteur d'expliquer que par ces mots, on ne doit pas entendre que le second notaire et les témoins seront présents à toutes les discussions des parties, ni aux confé-

rences préliminaires des actes de donation. Il suffit qu'ils soient présents au moment de la formation définitive du contrat, c'est-à-dire au moment où les conventions sont échangées et fixées irrévocablement, en d'autres termes, au moment où les conventions sont lues, vérifiées, acceptées et certifiées par les signatures de tous ceux qui doivent concourir à l'acte ». Par suite de cette explication, on ajouta à l'article 2 un alinéa ainsi conçu : « La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties. Elle sera mentionnée à peine de nullité ». Cette addition, a dit M. le Président, a pour objet d'expliquer en quoi consiste la réception conjointe du premier alinéa de l'article. La loi du 21 juin 1843 est donc bien une loi interprétative, elle fait corps avec la loi de ventôse et particulièrement avec l'article 9 de cette loi, dont elle a voulu éclaircir et fixer le sens.

Quels sont maintenant les divers actes visés par l'article 2 de la loi de 1843, en d'autres termes quels sont les actes à l'égard desquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires est exigée et doit être mentionnée à peine de nullité ? Ce sont les actes notariés contenant

donation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes. Cette énumération est évidemment limitative.

Ainsi, de ce que la loi ne parle que des donations entre vifs, il faut conclure que si l'acceptation d'une pareille donation avait lieu par acte séparé, il ne serait pas nécessaire qu'elle fût reçue dans la forme exigée par l'article 2. D'une part, en effet, l'acte par lequel le donataire accepte ne contient pas évidemment de donation. D'un autre côté, les précautions extraordinaires dont on a cru devoir entourer la donation sont destinées à protéger le donateur et non le donataire, qui n'a rien à craindre. Il n'y a aucune raison pour donner à celui-ci des garanties dont il n'a pas besoin, pour environner de formalités toutes spéciales un acte d'acceptation duquel il ne peut résulter aucun abus. Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie dans la pratique et elle est également soutenue par des jurisconsultes autorisés qui enseignent que l'acceptation étant le complément essentiel de la donation et ne formant avec elle qu'un tout indivisible, doit être soumise aux mêmes formes.

Mais, l'article 2 n'a pas eu pour but ni pour résultat de porter atteinte au principe, admis par la jurisprudence, que les donations déguisées sous forme de contrats onéreux sont valables alors même qu'elles sont consenties sous signatures privées. « Dès lors, dit Duvergier, malgré le surcroît de précautions introduit dans la loi de 1843, il faut décider qu'une donation, qui serait nulle si elle était faite dans un acte reçu par un seul notaire, est valable si les parties ont, dans un acte sous seings privés, simulé une vente de la chose donnée ou si la convention a été constatée dans un contrat à titre onéreux sans la formalité de la présence réelle ».

Mais il est un acte d'une nature particulière, dont l'usage fréquent et les effets considérables dans notre société, ont attiré l'attention du législateur d'une façon toute particulière. Le contrat de mariage est un contrat solennel c'est-à-dire un de ces contrats dans lesquels la forme est un élément vital, il doit être fait par acte notarié, le notaire est le seul officier public compétent pour le recevoir, l'acte qu'il dresse à cet effet doit être retenu en minute à peine de nullité. Pourquoi donc le législateur ne l'a-t-il pas entouré des précautions prévues par l'article 2 de la loi du 21 juin

1843 de même que les donations et les autres actes énumérés dans cet article ? Pourquoi la présence effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires n'y est-elle pas requise à peine de nullité ?

Le projet de loi contenait, dans l'énumération faite par l'article 2, les contrats de mariage, mais ils ont été éliminés depuis, et l'on peut conclure de ce qui a été dit à cette occasion et notamment du rapport de M. Franck Carré devant la Chambre des pairs, que les contrats de mariage, même contenant donation, ne sont pas soumis aux formalités de l'article 2. Toutefois, l'on peut regretter que la loi ne s'en soit pas expliquée nettement, car étudié dans son texte, l'article 2 semble embrasser évidemment et sans distinction aucune, tous les actes contenant donation : ce qui comprend même les contrats de mariage.

Cela est d'autant plus regrettable que cette opinion avait été, avant la loi de 1843, admise par la jurisprudence. Celle-ci décidait, en effet, que l'article 1394 du Code civil portant que les conventions matrimoniales seraient rédigées avant le mariage, par acte devant notaires, ne devait pas être entendu en ce sens qu'il suffisait pour la validité du contrat de mariage et des donations qu'il

contenait, qu'il eût été reçu par un notaire sans la présence des témoins instrumentaires. Depuis la loi de 1843 et par les motifs que nous venons d'indiquer, la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en sens contraire.

En effet, les contrats de mariage ne figurent pas dans l'énumération limitative donnée par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, et cette omission a été faite à dessein, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires de la loi. Il a même été expliqué tant à la Chambre des pairs qu'à celle des députés, que les contrats de mariage ne cessent pas d'échapper à la disposition relative à la présence réelle, quand ils contiennent des donations faites en faveur du mariage, bien que les actes portant donations figurent dans l'énumération donnée par l'article 2 de la loi. C'est une immunité accordée aux donations faites par contrat de mariage. Elle s'explique par la faveur dont la loi entoure ces donations. Le législateur, en effet, laisse aux époux la plus grande latitude pour le règlement de leurs conventions matrimoniales et c'est à juste titre. Car les intérêts pécuniaires jouent un rôle important dans la conclusion des mariages et, en gênant la liberté des futurs époux quant au règlement de ces intérêts, on eût entravé nombre

de mariages au détriment de la société. La faveur due au mariage a même déterminé le législateur à autoriser dans le contrat de mariage certaines spéculations qu'il prohibe partout ailleurs, notamment la spéculation d'inaliénabilité.

Cette immunité est encore justifiée par un autre motif. Les donations dont il s'agit ne deviennent irrévocables, comme le contrat lui-même, que par la célébration du mariage, on ne peut guère craindre qu'elles soient le fruit de la captation ; il était donc inutile de les soumettre à l'accomplissement d'une formalité, qui a principalement été établie comme une garantie contre la captation. L'immunité ne profiterait donc pas aux donations faites en faveur du mariage, mais en dehors du contrat. Elles resteraient soumises, comme toute autre donation, à l'application de l'article 2 précité.

Mais si le législateur n'a pas exigé, dans les contrats de mariage, la présence effective du second notaire ou des témoins instrumentaires, il n'a pas voulu davantage qu'un acte de cette importance pût être passé dans la forme sous seings privés ; il n'a pas voulu que cet acte fût livré aux hasards d'une vérification d'écritures. De plus, un acte sous seings privés n'eut pas présenté les mê-

mes garanties qu'un acte notarié, au double point de vue de sa conservation et de l'immutabilité des conventions matrimoniales qu'il constate, car les époux pourraient facilement le faire disparaître ou en modifier les dispositions. Enfin il a pu paraître dangereux d'autoriser les époux à être eux-mêmes les ministres de leur propre volonté dans un acte aussi important et aussi difficile que le contrat de mariage ; les connaissances spéciales du notaire, dont la loi impose le ministère, fourniront souvent un utile secours à des époux dépourvus de toutes connaissances juridiques, l'acte sera rédigé avec plus de netteté et de précision et bien des mécomptes seront ainsi évités non seulement aux époux mais aussi aux tiers qui entreront en relations d'affaires avec eux. De sorte que le contrat de mariage fait par acte sous seing privé serait nul de nullité absolue. Cet ensemble de conditions établies par le Code civil constitue déjà une protection imposante que la loi du 21 juin 1843 n'aurait pu aggrandir d'une façon bien sensible.

L'énumération faite par l'article 2 de la loi de 1843 ne comprend pas davantage le contrat d'hypothèque. Or, ce dernier appartient, tout comme le précédent, à la famille des contrats solennels ;

la forme y est prescrite à peine de nullité. Cela résulte invinciblement de la définition contenue en l'article 2117 : « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats ». C'est ce que dit aussi l'article 2127 qui nous apprend en quoi consiste la solennité du contrat hypothécaire : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins ». Si nous cherchons les motifs qui ont fait décréter la solennité du contrat d'hypothèque, nous voyons que le législateur s'est inspiré tout d'abord d'une pensée de protection pour le débiteur, la présence du notaire qui dresse l'acte constitutif de l'hypothèque est une garantie contre les surprises dont le débiteur pourrait être la victime ; elle l'avertit en même temps de la gravité de l'acte qu'il va accomplir et lui permet de se renseigner exactement sur les conséquences qu'il entraînera. De plus, n'y aurait-il pas eu des inconvénients graves à permettre aux parties d'être ici les ministres de leur propre volonté. Souvent, par ignorance, elles n'auraient pas respecté les prescriptions spéciales de la loi, et beaucoup de constitutions d'hypothèques au-

raient été frappées de nullité. Enfin, il importait que l'inscription hypothécaire ne fût prise qu'en vertu d'un titre offrant toutes garanties au point de vue de la sincérité, afin que les registres des conservations hypothécaires ne fussent pas surchargés d'inscriptions inutiles.

Mais tous ces motifs, quelque sérieux qu'ils soient, n'ont pu déterminer le législateur de 1843 à changer la législation antérieure sur ce point. Un acte notarié ordinaire suffit pour la validité du contrat hypothécaire ; ce contrat ne figurant pas sur la liste de ceux pour lesquels la loi du 21 juin exige exceptionnellement la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires. L'on nous dira peut-être que l'article 2127 exige expressément que ces actes soient consentis par actes passés en la forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins. Mais il est incontestable que cette disposition s'en réfère uniquement à l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI et dès lors l'interprétation donnée à ce dernier article s'applique aux actes portant constitution d'hypothèque comme à tous autres actes non exceptés par l'article 2.

Mais il serait inutile de s'attarder plus longtemps sur des observations de détail, nous avons hâte

d'en revenir à la loi du 21 juin 1843. Elle est, comme nous l'avons dit, d'une importance capitale pour le notariat, aussi importe-t-il d'en relever toutes les expressions.

Dans l'énumération donnée par l'article 2, nous voyons d'abord les donations entre vifs et les donations par les époux pendant le mariage. Ces donations, à l'instar du contrat de mariage, sont des contrats solennels, soumis à certaines formes prescrites à peine de nullité. La forme prescrite donne ici une importance capitale, puisqu'elle est nécessaire pour vivifier le consentement des parties, qui, s'il n'est pas revêtu de cette enveloppe légale ne produira aucun effet de droit. C'est ici la forme qui donne l'existence à la chose, *forma dat esse rei*, à la différence de ce qui a lieu dans les contrats consensuels, qui sont parfaits par le seul consentement des parties, *solo consensu perficiuntur*.

La solennité du contrat de donation consiste principalement en ce que la volonté du donateur de se dépouiller au profit du donataire et la volonté de celui-ci d'accepter la donation, doivent être constatées par acte notarié. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir les dona-

tions et pour en dresser acte, il est tenu d'en garder minute.

Le plus souvent, le donateur et le donataire se présenteront ensemble devant le même notaire pour faire dresser acte de leurs consentements respectifs. Alors, l'offre du donateur et l'acceptation du donataire seront constatées simultanément dans le même acte et le contrat recevra immédiatement sa perfection.

Quelquefois, la volonté du donateur et celle du donataire, indispensables à l'existence de la donation comme de tout autre contrat, seront manifestées par actes séparés. Dans ce cas l'offre du donateur et l'acceptation du donataire devront être l'une et l'autre constatées par acte notarié. Et cet acte, qu'il constate le consentement du donateur et du donataire tout à la fois, ou la volonté de chacun d'eux séparément, doit, malgré les doutes qui pèsent sur cette dernière hypothèse, être dressé conformément aux prescriptions de la loi du 25 ventôse an XI et de la loi du 21 juin 1843. L'article 2 de cette dernière, met la donation au nombre des actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires est exigée à peine de nullité, au moins

au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de sa signature par les parties. La donation serait nulle de nullité radicale, si l'acte notarié qui la constate, était nul par contravention à l'une des deux lois précitées. Et les formes prescrites pour la manifestation de la volonté des parties sont requises, sous la même sanction, pour la procuration que l'une des parties aurait donnée en vue de se faire représenter au contrat. Cette procuration devra être passée devant notaires et sera soumise aux conditions particulières de forme prescrites par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843.

Il en est de même des révocations de donations ou de testament faites par acte notarié, la loi exige pour elles comme pour les donations, la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires, au moins au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de sa signature par le testateur ou le donateur.

Enfin, le dernier acte prévu par l'article 2 de la loi du 21 juin est la reconnaissance d'enfant naturel. Cette reconnaissance est une déclaration de paternité ou de maternité faite par le père ou par la mère d'un enfant naturel dans les formes prescrites par la loi. L'acte authentique qui constate cette reconnaissance forme le titre de

l'enfant naturel, il constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation naturelle de même que l'acte de naissance constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation légitime. Au point de vue de la preuve de la filiation, l'acte de reconnaissance est donc pour l'enfant naturel, ce qu'est l'acte de naissance pour l'enfant légitime.

Le législateur a exigé que l'acte de reconnaissance fût fait dans des formes particulières et ce n'est pas sans motif, car il eût été dangereux de soumettre aux incertitudes de la forme sous seings privés un acte dont les effets sont si considérables dans la société et dans la famille. Il fallait assurer l'irrévocabilité de la reconnaissance, il fallait en garantir la liberté et la sincérité. Aussi le législateur a-t-il décidé que l'acte serait reçu par ministère de notaire, en la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires. Ainsi, il restera une minute de l'acte qui ne sera pas à la disposition des parties et qu'elles ne pourront faire disparaître. En outre la présence de l'officier public qui recevra la reconnaissance et des témoins, protégera dans une certaine mesure l'auteur de la reconnaissance contre les surprises ou les violences dont on voudrait le rendre vic-

time. A ce double point de vue, un acte sous seings privés eût été loin d'offrir les mêmes garanties.

On le voit, c'est pour des raisons majeures que la loi a exigé l'authenticité de l'acte de reconnaissance. Aussi, tous les auteurs admettent-ils que l'authenticité est requise ici comme une condition essentielle à la validité de la reconnaissance. La loi ne le dit pas, mais elle le sous-entend. La reconnaissance d'enfant naturel est donc un acte solennel, un acte dans lequel *forma dat esse rei*.

Mais le notaire n'est pas le seul officier public compétent pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel et en dresser acte. D'après le projet de loi, ces actes étaient de la compétence exclusive des officiers de l'état civil. Ce système présentait un grave inconvénient, il ne permettait pas à l'auteur de la reconnaissance de la tenir secrète. En effet la reconnaissance, reçue par un officier de l'état civil, sera nécessairement inscrite sur les registres de l'état civil, qui sont publics. On pouvait craindre qu'un grand nombre de reconnaissances ne fussent ainsi entravées. C'est pourquoi le législateur a admis, parallèlement à la compétence de l'officier de l'état civil, la compétence des notaires. Ils ont, en effet, qualité,

d'après l'article 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI, pour recevoir tous les actes auxquels les parties veulent ou doivent faire donner le caractère de l'authenticité. Sans doute la reconnaissance faite devant notaire devra être faite dans un acte rédigé en minute, la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires au moment de la lecture de l'acte par le notaire rédacteur et de sa signature par les parties sera exigée à peine de nullité. Mais la reconnaissance ainsi faite ne sera pas sans avantages ; elle pourra être tenue dans l'ombre jusqu'au jour où il conviendra de la faire paraître, les minutes du notaire n'étant pas à la disposition du public et ne pouvant être communiquées qu'aux parties intéressées.

A la suite des actes que nous venons de citer et que la loi de 1843 a réglementés d'une façon spéciale, il en est d'autres qui, non compris dans cette énumération, n'en sont pas moins soumis à la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires. L'article 4 de cette loi déclare ne rien innover aux dispositions du Code civil sur la forme des testaments. « En effet, porte l'exposé des motifs à la Chambre des députés, tout est réglé en cette matière par le Code civil

aux dispositions duquel il ne peut être question de toucher. » Et il a été reconnu d'une manière générale dans la discussion, qu'il s'agissait d'une loi toute spéciale, laquelle ne touchait en rien aux dispositions du Code civil ou du Code de procédure. Aussi, bien que l'article 2 ne mentionne pas expressément les actes respectueux, il ne semble pas douteux que l'article 154 du Code civil, qui exige que de pareils actes soient notifiés par deux notaires ou par un notaire et deux témoins, ne doive continuer à recevoir son exécution dans ce qu'il a de rigoureux et d'impératif. Il ne s'agit pas là, a dit Duvergier, de la réception d'un acte; c'est une action qu'il faut accomplir, or la loi veut que les notaires et les témoins sortent de leur cabinet pour se transporter chez les ascendants.

La fiction d'une signature après coup ne saurait équivaloir à la démarche qui est commandée.

D'ailleurs dans l'usage, les deux notaires se transportent toujours chez les parents à qui la notification doit être faite.

La rédaction d'un acte respectueux peut être faite de deux façons différentes, soit par un seul procès-verbal, soit par deux actes distincts, selon que l'enfant assiste ou n'assiste pas à la notifica-

tion qui doit être faite aux ascendants. Si l'enfant croit devoir accompagner le notaire à la demeure de l'ascendant, le notaire dresse en son étude l'acte respectueux, la réquisition de notification, signe le tout avec l'enfant et les témoins, et va ensuite le notifier, sans désemparer, aux ascendants avec l'enfant et les témoins. L'acte respectueux et sa notification sont consignés en ce cas dans le même procès-verbal. Si l'enfant n'assiste pas à la notification, ce qui n'est pas nécessaire et ce qu'il est sage parfois d'éviter pour empêcher des scènes fâcheuses, dans ce cas, il est d'usage de procéder par deux actes distincts et successifs, le premier qui contient l'acte respectueux, c'est-à-dire la demande de conseil par l'enfant et la réquisition au notaire d'aller la notifier aux ascendants, le second qui est le procès-verbal de notification du premier. Ces deux actes doivent l'un et l'autre être faits dans la forme notariée et ce n'est pas sans raison. Une condition essentielle pour la validité des actes respectueux c'est qu'ils soient l'expression certaine de la libre volonté de l'enfant ; il fallait éviter toute influence sur cette volonté, qui pût sinon la détruire, tout au moins l'altérer. Et c'est dans ce but que la forme notariée a été exigée. Mais la présence réelle

du second notaire ou des témoins instrumentaires est-elle exigée ?

Il a été jugé que cette présence réelle n'est exigée impérativement que pour la notification. Il faudra donc constater cette présence, conformément à la loi de 1843, pour toutes les opérations et pendant toute leur durée, si elles ont lieu par un seul et même acte et pour le procès-verbal de notification seulement dans l'hypothèse contraire.

Les notaires n'ont pas toujours été exclusivement compétents pour la notification des actes respectueux ; dans notre ancien droit elle était faite par les huissiers. A une époque où on disait sommation respectueuse, le ministère des huissiers était tout indiqué, car les sommations rentrent dans leurs attributions. Notre législateur, qui a changé le nom de ces actes, a changé aussi l'officier chargé de leur notification. Au lieu de l'huissier, il a choisi le notaire, afin d'éviter l'impression toujours pénible que font les officiers chargés d'exécuter les ordres rigoureux de la justice.

Qu'en résulterait-il si la notification de l'acte respectueux n'était pas faite dans les formes prescrites par l'article 154 du Code civil ? Le législateur ne s'est pas expliqué à cet égard, mais il

•

nous faut admettre avec la grande majorité des auteurs que cet acte devrait être considéré comme nul, faute d'avoir été fait dans les formes voulues et de pouvoir par suite remplir le but que le législateur a voulu atteindre.

De même que la notification des actes respectueux, le testament n'a pas été compris dans l'énumération donnée par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, mais cette matière avait été réglementée d'une façon rigoureuse par le Code civil et la loi du 23 ventôse, an XI.

L'article 971 du Code civil nous déclare que « le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins. » La loi, on le voit, s'est donc montrée plus exigeante pour les testaments que pour les actes notariés ordinaires, qui sont reçus par deux notaires sans témoins, ou par un notaire assisté de deux témoins. Dans l'espèce, il a pu paraître nécessaire de multiplier le nombre des surveillants, afin d'assurer l'indépendance du testateur, trop souvent assiégé par l'intrigue et la cupidité. Pour la même raison et aussi afin de mieux assurer l'identité de l'acte, la loi s'est montrée plus sévère encore pour le testament mystique, en

l'entourant de formalités toutes spéciales, essentielles à sa validité.

Mais le Code civil ne contient pas, sur les formes du testament notarié, un système complet de législation ; il en résulte, qu'en outre des formes particulières expressément établies par les articles 875 et suivants du Code civil, les règles générales établies par la loi du 25 ventôse an XI sur la forme des actes notariés, doivent aussi être observées dans les testaments publics. Ces actes doivent donc, à peine de nullité, être datés et contenir la mention du lieu où ils ont été faits ; les noms, qualités et lieu de résidence des notaires, les noms et demeures des témoins, les nom, prénoms, profession et demeure du testateur ainsi que la mention de sa signature et de celle des témoins. Les renvois et apostilles ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits et approuvés conformément à l'article 15 de la loi de ventôse, les mots surchargés, interlignés ou ajoutés dans le cours de l'acte sont nuls. Par suite, l'on est d'accord pour admettre que le Code civil ne se suffit pas ici à lui-même, il doit être complété par la loi générale qui régit les actes notariés. Toutefois, celle-ci ne devra être appliquée que sur les points qui n'ont pas été réglementés d'une

manière spéciale par le Code civil : c'est l'application de la règle : *specialia generalibus derogant*. En d'autres termes, la loi du 25 ventôse an XI ne devra être appliquée aux testaments par acte public que dans celles de ses dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé explicitement ou implicitement par le Code civil.

Aux termes de l'article 971 de ce Code, les témoins comme le second notaire doivent être présents pendant tout le temps de la dictée et de l'écriture, de la lecture et de la signature du testament ; car ce sont là les opérations essentielles dont se compose la réception du testament.

Mais si leur présence est constatée au préambule et à la clôture de l'acte, ils sont présumés avoir assisté aux diverses opérations du testament, surtout s'il résulte de l'acte qu'il a été fait en un seul et même contexte.

Et que faut-il entendre par présence réelle ? Les témoins seraient-ils présents s'ils étaient dans une chambre contiguë à celle du testateur ? On admet généralement l'affirmative, pourvu qu'il soit constant que de cette chambre, ils ont pu tout voir et tout entendre et qu'ils ont vu et entendu. Ils sont présents, dit Laurent, dès qu'ils voient et qu'ils entendent, ne fût-ce que durant quelques minutes,

telle est aussi l'opinion consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 mars 1861 (S. V. 1861. 1. 760).

Le testament devrait être déclaré nul lorsque l'un des témoins ou, même, plusieurs d'entre eux ont été absents pendant une partie de la dictée. Mais la circonstance que, pendant une partie de la réception du testament, les témoins instrumentaires auraient négligé de s'approcher du lit du testateur suffisamment pour l'entendre, ne saurait avoir d'influence sur le caractère probant de l'acte alors qu'il est constant que la lecture du testament a ensuite été faite devant eux et que le testateur a déclaré qu'il en approuvait le contenu.

Après avoir étudié ces différents actes dont la loi soumet la validité à l'observation de formalités spéciales, il en est d'autres qui, suivant l'article 3 de la loi du 11 juin 1843, continuent à être régis par l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI. Dans ces actes, l'assistance du notaire en second ou des témoins n'est pour ainsi dire qu'une question de forme, la loi n'exige pas qu'ils soient présents à la rédaction de l'acte, qu'ils peuvent signer après coup, hors la présence des parties. Toutefois les témoins instrumentaires, même dans le cas où leur présence effective n'est pas

exigée, remplissent une mission importante ; ce sont eux qui, par leur signature, assurent la vérité et la foi des actes et ils partagent avec les notaires, selon l'expression de d'Aguesseau, la confiance de la loi ; il est donc de leur devoir de ne pas signer de confiance et en aveugles. Comme aussi la prudence la plus élémentaire, le sentiment de leur dignité et de leur responsabilité, doivent conseiller aux notaires de ne pas faire signer leurs actes aux témoins en dehors des parties et sans leur donner connaissance des actes.

Quoi qu'il en soit, un acte ne serait pas nul et le notaire ne pourrait même pas être accusé d'avoir manqué à ses devoirs professionnels pour n'avoir pas appelé les témoins instrumentaires à la réception de cet acte, bien qu'ayant mentionné leur assistance et leur présence dans les termes ordinairement employés. L'acte ne serait nul que si le notaire avait appelé un nombre insuffisant de témoins ou des témoins ne remplissant pas les conditions exigées par la loi. Aussi a-t-on souvent contesté l'utilité de cette seconde signature, à l'égard des actes pour lesquels la présence réelle n'est pas exigée, surtout en présence de cette considération que la loi ne fixe aucun délai pour l'intervention du second notaire ou des témoins. On

concluait de cette dernière circonstance qu'il pourrait s'élever de graves questions sur l'authenticité des actes non revêtus de toutes les signatures requises.

Toutefois la difficulté paraît moins grave si on réfléchit que la loi a prescrit aux notaires un délai rigoureux pour l'enregistrement de leurs actes, ce qui les oblige par suite à les régulariser dans ce délai.

En conséquence du principe établi par l'article 3 de la loi du 21 juin 1843, la signature du second notaire ou des témoins instrumentaires n'est plus, sauf les cas prévus par l'article 2, qu'une sorte de visa ayant pour effet de constater la régularité apparente de l'acte, puisque, comme l'a du reste fort explicitement déclaré M. Sauzet en résumant la discussion de la loi, la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires n'est exigée pour ces actes à aucune des phases de leur réception, c'est-à-dire ni à la discussion des conventions, ni à leur rédaction, ni à la lecture et à la signature par les parties. Aussi, l'on a pu juger qu'un notaire n'est passible d'aucune peine disciplinaire pour n'avoir pas appelé les témoins instrumentaires au moment de la réception de l'acte, tout en faisant mention de leur

présence, s'il ne s'agit d'un des actes pour lesquels l'assistance réelle des témoins est prescrite par la loi ; ou même si les témoins n'ont été appelés et n'ont signé qu'après la réception de l'acte et en dehors des parties. Tel était aussi l'avis d'un professeur distingué, M. Duranton : « La présence du second notaire à la rédaction de l'acte, dans lequel elle se trouve du reste mentionnée, n'a pas été considérée jusqu'à ce jour comme une condition de rigueur, sauf ce qui est prescrit pour les testaments par acte public par l'article 971 du Code civil. Dans les actes ordinaires, comme ceux de vente, échange, transaction, obligations, etc., on ne s'est point attaché à la disposition littérale de la loi du 25 ventôse an XI. On a coutume d'observer à cet égard les statuts et règlements des notaires de Paris, homologués le 13 mai 1861, qui n'exigeaient point la présence réelle du second notaire à la réception de l'acte, mais seulement la mention de sa présence et sa signature pour sa responsabilité. En sorte que les parties ne seraient point admises à s'inscrire en faux pour établir que le second notaire n'a pas réellement assisté à la rédaction et à la réception de l'acte, afin de le faire annuler ; à la différence du cas où ce serait un testament, qui serait absolument

nul, si en réalité le second notaire n'avait pas assisté à toute l'opération.

Un notaire seul ne peut, sauf dans quelques cas exceptionnels, donner l'authenticité aux actes qu'il reçoit, il faut pour cela que l'acte soit passé devant deux notaires ou devant un notaire en présence de témoins. Certaines coutumes, dans notre ancien droit, étaient d'accord sous ce rapport, avec notre législation actuelle. Ainsi, la coutume de Sens, article 245, portait : « Un notaire ou tabellion ne peut recevoir aucun contrat s'il n'a deux témoins ou qu'ils soient deux notaires ou tabellions ; autrement les lettres qui en seront passées seront nulles et de nul effet ». Cette législation existe encore aujourd'hui et la loi de ventôse an XI n'a rien innové à cet égard. Pour qu'un acte soit authentique, il faut qu'il soit reçu par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins. Le but que la loi se propose lorsqu'elle appelle un second notaire est signalé par M. Toulhier en ces termes : « L'homme est faible quand il est seul, il peut être facilement séduit ou induit en erreur, il a moins de force pour résister au combat que l'intérêt ou la séduction livrent à sa probité et à sa bonne foi. C'est pour soutenir, c'est pour fortifier le notaire autant que pour l'éclairer

que la sagesse de la loi le place à côté d'un surveillant devant lequel il rougirait de se montrer faible, partial ou injuste. Le second notaire n'est pas, en effet, autre chose qu'un surveillant que la loi donne à chaque notaire ». Mais il ne peut y avoir plus de deux notaires pour recevoir un acte, s'il s'en présente un plus grand nombre, les plus anciens excluent les autres ; du reste, dans ce cas, l'acte ne serait pas nul : ce qui abonde dans un acte ne le vicie pas, c'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 avril 1809, au sujet d'un testament dans lequel on avait admis un plus grand nombre de notaires que la loi ne l'exige.

Cependant il est des cas où un seul notaire suffit et où il peut instrumenter seul, comme s'il s'agit de partage judiciaire, d'inventaires pour lesquels un notaire a été commis par justice, de ventes judiciaires envoyées devant lui, de la délivrance de copies collationnées, de secondes grosses, de la délivrance de certificats de propriété et de certificats de vie aux rentiers et pensionnaires de l'Etat. Mais ce sont là des cas exceptionnels, la plupart des notaires ne tiennent aucun compte de cette dispense et font contresigner ces actes par un confrère tout comme les actes notariés ordinaires.

A défaut du notaire en second, la loi exige la présence de deux témoins à la réception des actes. L'article 166 de l'ordonnance de Blois, de 1579, portait : « Afin d'obvier aux faussetés et suppositions qui peuvent se commettre pour ce regard, nous voulons qu'es lieux ou jusques à présent a esté permis qu'un seul notaire en présence de deux témoins puisse recevoir et puisse contracter testaments et autres, ledit notaire, s'il est ès ville ou gros bourg, esquels vraisemblablement on puisse avoir témoins qui sachent signer, et au cas que la partie qui s'oblige ne puisse signer, soit tenu d'appeler pour le moins un témoin qui sache signer et lequel actuellement signera avec lui la minute. » Les témoins appelés par la loi sur le notariat pour assister le notaire, sont ses coopérateurs, c'est lui qui les appelle. Ils exercent concurremment avec lui une portion de la puissance publique, puisqu'ils coopèrent à procurer aux actes l'exécution parée, c'est-à-dire le droit d'employer la force publique pour les faire exécuter. La loi exige qu'ils soient au nombre de deux sauf pour le testament qu'elle a environné de formalités spéciales. Les deux notaires ou le notaire et les deux témoins exigés par l'article 9 ne suffisent plus ; il faut en effet : pour le testament public,

deux témoins et deux notaires ou quatre témoins et un notaire ; pour l'acte de suscription d'un testament mystique, la loi exige six témoins avec un notaire et même sept si le testateur n'a pu ou su signer son testament.

Pour compléter notre étude sur la réception des actes notariés, il nous faut dire quelques mots sur la lecture et la signature de ces actes.

Une ordonnance d'octobre 1535 enjoignait aux notaires de lire tout au long, en présence des parties, l'acte reçu par eux. Un arrêt de règlement du 4 décembre 1703 renouvelait cette injonction et ordonnait de mentionner dans les actes la lecture qui en avait été faite. L'article 13 de la loi du 25 ventôse, an XI, exige également que l'acte contienne mention de la lecture qui a dû être faite aux parties et aux témoins, sans toutefois que l'omission de cette formalité entraîne la nullité de l'acte, sauf pour les testaments authentiques et pour les actes soumis par la loi de 1843 à la formalité de la présence réelle du second notaire ou des témoins. L'on a supposé, sans doute, que les parties ne signeraient pas de confiance, et que, si elles le faisaient, elles ne devaient imputer qu'à elles-mêmes les résultats fâcheux que pouvait avoir leur imprudence.

La lecture de l'acte est une formalité d'ordre public imposée aux notaires par le législateur ; il faut que les parties puissent s'assurer par ce moyen, que l'acte est bien conforme à leurs intentions ; aussi dispenseraient-elles en vain le notaire de la lecture exigée par la loi, cette dispense ne le relèverait pas de l'obligation où il est d'accomplir cette formalité et de la mentionner. Tout notaire qui ferait mention de cette lecture, sans l'avoir réellement donnée, pourrait être considéré comme coupable de faux criminel, s'il y avait de sa part intention frauduleuse.

En exigeant que cette mention soit faite, la loi suppose, ce qui est le cas le plus ordinaire, que les parties comme les témoins et le notaire, comprennent la langue française. Mais il peut arriver que l'une des parties, ou l'un des témoins n'entende pas cette langue, ou même celle de la partie contractante. En ce cas, il doit leur être fait, à la lecture, traduction de l'acte dans leur langue soit par le notaire, soit par un interprète.

Après lecture faite, les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Ainsi s'exprime l'article 14 de la loi de 25 ventôse an XI.

La signature des parties est, à moins qu'elles

n'aient déclaré ne savoir ou ne pouvoir la donner, une condition essentielle à la validité de l'acte notarié. C'est le signe du consentement ; jusquelà, dit Toullier, il n'y a qu'un projet. Elle doit être apposée à la fin de l'acte, il importe peu qu'elle occupe une place ou une autre, s'il est certain qu'elle se rapporte à l'acte entier.

Il n'est pas nécessaire, en règle générale, que les parties signent soit en présence les unes des autres, soit en présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires. La concommittance des signatures n'est exigée que pour les actes solennels où la présence réelle des témoins est prescrite.

Quant à la sanction du défaut de signatures des parties, tant à la fin de l'acte qu'aux renvois, elle consiste dans la nullité de l'acte et la possibilité de condamner le notaire contrevenant à payer des dommages-intérêts.

La signature des deux témoins instrumentaires est aussi indispensable que celle des parties et du notaire. Sous l'empire de l'ordonnance de Blois il ne suffisait pas, pour qu'un acte notarié fût authentique, d'y mentionner la présence des témoins, il fallait que ceux-ci signassent ou déclarassent ne savoir signer ; et, dans ce cas, il devait

en être fait mention. Un arrêt de règlement du 4 septembre 1685 enjoignait de faire signer les témoins comme les parties, à l'instant de la passation des actes. Cette nécessité existe encore pour les actes où la présence des témoins instrumentaires est exigée par la loi, au moment même de la passation de l'acte. Mais il en est autrement pour les actes non réservés par la loi du 21 juin 1843, auxquels cette signature peut être donnée après coup et hors la présence des parties. En tout cas, pour ces derniers actes, la signature devrait être donnée avant l'enregistrement de l'acte. Il a été jugé que si un acte n'avait été signé par un témoin que neuf ans après sa passation et postérieurement au décès des parties, il pourrait être argué de faux.

En vertu de ce principe, lorsque la minute d'un acte de vente n'est pas signée par les deux témoins instrumentaires désignés dans le corps de l'acte, que plusieurs renvois importants ont été reportés à la fin de la minute et n'ont pas été inscrits en marge, ni approuvés par les témoins, comme ils auraient dû l'être, qu'enfin il y a fausse désignation dans les noms des parties contractantes, ces erreurs substantielles ne permettent plus de croire à la vérité des dispositions contenues dans

le contrat. Cet acte manque des formalités nécessaires pour être revêtu du caractère authentique. Bien plus, le défaut de l'une des parties, qui déclarerait ne savoir signer, rendrait cette vente nulle même comme acte sous seing privé.

Une donation entre vifs serait nulle également, si la minute n'avait pas été signée par l'un des témoins instrumentaires.

Mais, de ce que un témoin à un acte notarié aurait signé d'un surnom au lieu de signer de son nom véritable, il ne résulte pas que cet acte soit nul, surtout si ce témoin était connu indifféremment sous les deux noms et qu'aucun doute n'ait pu s'élever sur son identité. Enfin, la signature du notaire complètera l'acte et le rendra parfait. Toutefois cette signature ne fait que conférer l'authenticité à l'acte, mais sans rien ajouter à l'effet obligatoire résultant du consentement des parties.

Il n'est pas absolument nécessaire, d'ailleurs, que le notaire signe en présence des parties, mais sa signature doit être apposée dès que les parties ont signé. C'est le moyen de prévenir toute rétractation et d'éviter l'action en responsabilité qui pourrait naître d'une signature tardive. Lorsque l'acte est reçu par deux notaires, il doit, sous

peine de nullité, être signé par tous les deux, comme il le serait dans le cas contraire par un seul notaire et les témoins instrumentaires. Du reste la nullité résultant de l'absence de signature du notaire en second, ne serait pas couverte par la circonstance que plusieurs personnes, figurant à l'acte comme témoins purement honoraires, réuniraient les conditions nécessaires pour être témoins instrumentaires. Un tel acte ne serait pas un acte authentique, en conséquence il ne serait soumis ni à l'enregistrement, ni à l'inscription au répertoire.

Il n'est pas indispensable que les signatures des parties soient données immédiatement après la rédaction de l'acte, au même lieu et au même moment ; la loi ne prescrit rien à cet égard. Les signatures peuvent donc être données en des lieux et à des actes différents. Mais alors, il est de règle que le notaire fasse mention des lieux et des jours où l'acte a été signé, afin de constater qu'il est resté dans les limites de son ressort et de son pouvoir.

Quant aux témoins, ils ne doivent apposer leurs signatures que lorsqu'ils ont vu apposer celles des parties contractantes. C'est là une mesure qui est on ne peut plus conforme avec l'esprit de la loi du

25 ventôse an XI et qui se justifie d'elle-même dans tous les actes où la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires est exigée à peine de nullité. Mais faudrait-il donner la même solution à propos des actes non visés par l'article 2 de la loi de 1843? Nous ne le pensons pas, car en pareille matière la signature du notaire en second ou des témoins, n'est à proprement parler qu'un visa. Dans la pratique, même pour ces derniers actes, l'on exige que les témoins apposent leurs signatures immédiatement après que les parties ont signé; sans quoi l'on s'exposerait à des poursuites en faux et ces signatures pourraient être considérées comme faites tardivement dans le but de priver les parties de l'action en nullité. Les mêmes observations peuvent être appliquées à la signature du notaire en second.

Il ne suffit pas que les actes soient signées par les parties, les témoins et le notaire, ce dernier doit en outre, à peine de nullité, faire mention des signatures à la fin de l'acte. Cette mention est en réalité une attestation de ces signatures. Il en était ainsi dans notre ancien droit où cette obligation était imposée à peine de nullité. Dès avant la loi de l'an XI, il avait été jugé que l'acte notarié contenant don mutuel entre époux devait, à

peine de nullité, mentionner que les parties avaient signé, lorsque d'ailleurs ces actes portaient leurs signatures. De même aujourd'hui un acte de donation serait nul, faute par le notaire d'avoir fait mention sur la minute, de la signature des parties et des témoins, bien que, dans le fait, l'acte soit signé par chacun d'eux.

Mais le défaut de signature du notaire, ou de la mention des signatures n'empêche pas l'acte signé par toutes les parties de valoir comme acte sous seing privé à moins qu'il n'ait été dans leur volonté de faire dépendre l'acte de sa perfection notariale, ce qui devait être formellement convenu et exprimé. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, la responsabilité du notaire serait engagée, car il a commis une négligence coupable, alors même qu'il n'y aurait ni dol, ni fraude, ni prévarication de sa part.

CAPACITÉ

du notaire en second et des témoins instrumentaires

En principe, il n'y a d'autres incapacités que celles qui résultent d'un texte formel de la loi. Ici comme ailleurs la capacité est la règle générale, l'incapacité l'exception et il n'y a pas d'exception sans texte. On peut ajouter que les dispositions de loi, qui édictent les incapacités d'être témoins, doivent, comme toutes celles qui dérogent au droit commun, être interprétées restrictivement. Notre législateur a établi trois causes principales d'incapacité. Tout d'abord le sexe. Nous savons, que dans notre droit, les filles et les veuves sont aussi capables que les hommes, quand elles sont majeures. Mais les femmes mariées sont frappées d'incapacité, en ce sens qu'elles ne peuvent pas accomplir les actes civils, sans une autorisation

qui, en principe, doit émaner du mari et peut exceptionnellement être accordée par la justice.

En second lieu : l'âge. L'homme ne se développe que graduellement, au moral comme au physique ; la progression est même plus lente pour le moral. Tant que l'homme n'a pas atteint le développement complet de ses facultés morales, la loi lui refuse l'exercice de ses droits civils. Le Français, qui vient de naître, pourra être héritier, propriétaire, car il a la jouissance des droits civils, au nombre desquels figure le droit d'acquérir par succession. Mais cet enfant ne pourra pas exercer son droit de propriété, par exemple aliéner ses biens. Il ne le pourra qu'à sa majorité. Jusque-là, ses droits seront exercés, s'il y a lieu, par son représentant légal, c'est-à-dire par son père ou son tuteur, suivant les cas.

Enfin, l'altération plus ou moins grave des facultés intellectuelles est aussi considérée par le législateur comme une des causes principales d'incapacité. Mais il en existe d'autres, comme nous le verrons dans le cours de notre étude ; pour le moment contentons-nous de poser en principe que tout Français peut être témoin, s'il n'est privé de ce droit par un jugement ou par un texte précis de la loi.

Partant de cette idée, ne sont incapables d'être témoins ni l'individu dont l'inconduite est notoire, ni la profession religieuse, car outre que les incapacités ne s'étendent pas, cette profession ne prive plus des droits civils. Recherchons donc les conditions requises par la loi pour être témoins et les dérogations au droit commun qui ont pu être établies en cette matière.

L'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI déclare que : « les notaires ne pourront recevoir les actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous degrés, et en collatérale, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur ».

Le tribun Favard, dans son rapport, justifiait ainsi cet article : « S'il est défendu aux notaires de recevoir des actes pour leurs parents jusqu'à certains degrés, on a voulu, par là, leur conserver un caractère d'impartialité qui ne doit jamais les abandonner ; cette mesure les met à l'abri de tous les combats que l'intérêt livre à la probité et l'affection aux devoirs, combats dans lesquels la probité triomphe, mais qu'il est bon d'éviter à la généralité des hommes publics ».

Cette disposition n'était pas nouvelle, déjà notre

ancien droit avait « fait défenses aux notaires d'instrumenter pour leurs fils, gendres et parents au degré de l'ordonnance » et un arrêt de règlement du 11 août 1607, défendait à tous notaires de passer ou recevoir aucuns contrats, au profit de leurs enfants, gendres, pupilles étant en leurs tutelles ou curatelles et « cousins germains », ni de prendre aucuns de leurs parents en pareil degré pour témoins desdits contrats. Remarquons que ces prohibitions sont générales, qu'elles s'appliquent aux testaments, au notaire en second comme au notaire qui garde la minute, à celui qui agit en vertu d'une commission de justice comme à celui qui instrumente à la demande des parties.

La prohibition, établie par l'article 8, s'étend à l'égard de la ligne directe, à tous les degrés de la parenté et de l'alliance ; dans la ligne collatérale au contraire elle se restreint au troisième degré. Il en est de même pour les testaments ; en conséquence un notaire peut recevoir le testament d'un cousin germain, c'est-à-dire d'un parent au quatrième degré ; l'article 975 du Code civil n'est établi que contre les témoins et non contre le notaire.

Si le notaire, même le notaire en second, ne

peut recevoir aucuns actes dans lesquels ses parents ou alliés au degré prohibé sont parties, à plus forte raison ne peut-il recevoir ceux où il serait partie lui-même. Il est incompatible que celui qui reçoit le contrat soit aussi la partie contractante; le notaire ne peut jouer deux rôles à la fois : certifier la présence et les déclarations d'une partie et être lui-même cette partie, autrement il serait juge dans sa propre cause. L'incapacité du notaire existe, quoique l'acte ne lui procurerait aucun avantage et même lui serait défavorable. Par le fait qu'il est partie dans l'acte, il ne peut lui donner le caractère d'authenticité. Par suite, il ne pourrait passer ni l'acte de vente de biens qui lui appartiennent, ni y recevoir une somme à lui due, ni consentir une subrogation, ni se rendre, par personne interposée, acquéreur d'immeubles vendus devant lui. L'acte ne vaudrait que comme seing privé conformément à l'article 68. Il ne pourrait pas davantage passer l'acte, par lequel il serait constitué dépositaire de sommes ou valeurs, ou passer une procuration dans laquelle, il serait constitué mandataire, parce que, comme mandataire, il est partie dans l'acte, lorsqu'il accepte, et c'est avec raison.

Enfin le notaire ne doit avoir aucun intérêt per-

sonnel dans l'acte qu'il reçoit ; la loi veut qu'il conserve un caractère d'impartialité qui le rende étranger aux intérêts des parties. Une disposition sera réputée faite dans l'intérêt du notaire, s'il peut s'en prévaloir et qu'elle constitue un titre en sa faveur. C'est particulièrement ce qui a lieu dans le cas où il est nommé parmi les légataires, parmi les personnes auxquelles il est dans la volonté du testateur de faire une libéralité, ou lorsque, par exemple, dans un acte entre vifs, on s'est porté fort pour lui. Mais lorsqu'un acte n'est qu'énonciatif en sa faveur, plutôt qu'attributif d'un droit, lorsqu'il rappelle par exemple une dette en faveur du notaire, ou lorsqu'il désigne celui-ci comme dépositaire de certains objets d'une succession ; dans ce cas il ne serait pas exact de considérer la disposition comme le rendant intéressé à l'acte, dans lequel il ne fait aucune déclaration de son chef et auquel il ne prend part qu'en sa qualité d'officier public.

Ainsi un notaire ne peut recevoir un testament qui contient un legs à son profit, ni celui par lequel le testateur se reconnaît son débiteur. Mais dans ce dernier cas, il a été jugé avec raison que le testament qui charge le légataire universel de payer au notaire une somme déterminée et les

intérêts que le testateur déclare devoir à ce notaire par billet, n'est pas nul comme contenant une disposition en faveur du notaire, alors toutefois que le billet est représenté, qu'il n'est pas prescrit, et qu'il est reconnu en fait que le testament n'a ni changé ni amélioré la situation du notaire.

La disposition, dont nous nous occupons, s'applique donc aussi bien aux actes de dernière volonté, qu'aux dispositions entre vifs. Est-elle applicable au testament mystique qui contient des dispositions en faveur du notaire ou de ses parents aux degrés prohibés? Ce notaire peut-il recevoir l'acte de suscription? L'affirmation se fonde sur ce que ce dernier acte est distinct du testament et que le notaire est réputé ignorer les dispositions testamentaires. L'opinion contraire a été soutenue, mais elle ne pourrait être admise que dans le cas où il serait reconnu d'une manière bien certaine, que le notaire a eu connaissance des dispositions contenues à son profit dans le testament.

A la prohibition, que nous venons d'étudier, l'article 10 de la loi du 25 ventôse en ajoute une autre, également basée sur la parenté. « Deux notaires parents au degré prohibé par l'article 8 ne pourront concourir au même acte. Les parents,

alliés soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'article 8, leurs clercs et leurs serviteurs, ne pourront être témoins. »

Cette disposition est conforme à un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 22 mai 1550 qui défendait à tous notaires du ressort : de eux accoupler ensemble pour passer ou recevoir contrats, le père, le fils, les deux frères, l'oncle et le neveu, le beau-père et le gendre. Elle est conforme aussi à un arrêt de règlement d'août 1607, qui déclarait que les parents et alliés soit du notaire, soit des parties, jusqu'au degré de cousins-germains ne pouvaient être témoins.

Une question, qui a occupé beaucoup les auteurs et qui donne lieu à une controverse dont le terme n'est pas encore arrivé, est celle de savoir si l'article 975 du Code civil, doit seul être consulté pour le règlement de la capacité des témoins dans les testaments. Certains auteurs l'ont soutenu ; d'après eux la loi de ventôse ne peut plus être invoquée dans la matière des testaments, pour lesquels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux témoins. Mais la doctrine a rejeté ce système trop exclusif, elle laisse subsister, dans le silence de l'article 975, celle des dispositions de l'article 10 qui peuvent se concilier

avec le texte du Code civil ainsi conçu : « Ne peuvent être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clers des notaires par lesquels les actes seront reçus. » Comme on le voit, cet article étend aux parents ou alliés des légataires au degré de cousins-germains, l'incapacité que, en ligne collatérale, la loi du 25 ventôse an XI n'établit à l'égard de ces parents ou alliés que jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, c'est-à-dire jusqu'au troisième degré seulement. Il exclut d'ailleurs, comme la loi de ventôse, les clercs des notaires par lesquels les actes sont reçus. Mais d'un autre côté cet article garde le silence sur la parenté et l'alliance des témoins, soit avec le notaire, soit avec le testateur ; il laisse aussi à savoir si les serviteurs soit du notaire, soit du testateur, soit du légataire peuvent être témoins instrumentaires.

La doctrine a cherché à combiner ces deux dispositions ; d'après elle, on peut appeler comme témoins dans les testaments les serviteurs des légataires, mais non les parents ou alliés des légataires ; que ceux-ci aient été institués universels, ou à titre universel ou à titre particulier.

C'est ce qui résulte de l'article 975, qui s'est montré, à l'égard de ces derniers, plus sévère que la loi de l'an XI, puisqu'il les repousse jusqu'au degré de cousin germain. De même, un testateur pourrait choisir comme témoins son conjoint, ses serviteurs, ses parents ou alliés ; le témoignage de ceux-ci, en effet, n'a rien de suspect, dès que le testament ne contient aucune disposition en leur faveur. La doctrine est allée plus loin encore en déclarant valables les testaments dans lesquels figuraient plusieurs témoins parents entre eux-mêmes aux degrés les plus rapprochés. Mais il ne faut pas perdre de vue, que la réunion de plusieurs témoins de la même famille doit être évitée, car, si elle n'est pas une cause de nullité, elle peut, dans certaines circonstances, devenir une présomption de fausseté ou de suggestion.

Toutefois, nonobstant le silence du Code civil, les auteurs ont pensé que quelques personnes devaient, en raison de la position subordonnée dans laquelle elles se trouvent à l'égard du notaire, être repoussées comme témoins testamentaires. Tels sont ses parents et alliés au degré prévu par l'article 8, ses clercs et ses serviteurs. Plusieurs arrêts du règlement excluaient déjà des fonctions de témoins instrumentaires les clercs et

serviteurs du notaire, l'article 10 étend l'exclusion aux clercs et serviteurs des parties contractantes elles-mêmes, car il y a parité de suspicion. Mais dans ce dernier cas, les mots : « des parties contractantes » prouvent clairement que l'article précité ne peut s'entendre que des contrats. Ainsi, de même qu'il a fallu, dans l'article 975 du Code civil, une disposition particulière pour rendre les parents et les alliés des légataires, jusqu'au quatrième degré inclusivement, incapables d'assister aux testaments comme témoins, de même il en eût fallu une autre pour étendre cette incapacité aux parents ou alliés du testateur, même jusqu'au degré, soit d'ascendant, soit de descendant, soit de frère, soit d'oncle, soit de neveu.

En ce qui concerne les testaments, bien que l'article 975 n'ait exclu comme témoins que les clercs du notaire, il faut à plus forte raison appliquer ici la loi de ventôse an XI qui n'admet pas le témoignage des serviteurs du notaire, placés sous une dépendance encore plus directe.

Et que faut-il entendre par ces mots : clercs ou serviteurs ? Le clerc est celui qui travaille habituellement dans une étude, sous la direction d'un officier public, qu'il soit inscrit ou non au tableau des clercs, salarié ou non. Aux termes d'un juge-

ment du Tribunal de Verviers, doit encore être réputé clerc de notaire, celui qui se rend habituellement, à heures et jours fixes, pour travailler dans une étude, qui tient la plume aux ventes publiques, et qui est rétribué par le notaire.

Mais n'est pas considéré comme clerc, celui qui, fréquentant habituellement l'étude du notaire, ne s'y occupe que d'écritures étrangères au notariat, ou celui qui, tout en faisant des écritures dans l'étude d'un notaire, s'y occupe en même temps d'autres fonctions. Il a été jugé, par suite, qu'un individu dont l'occupation principale est le commerce, mais qui a fait par intervalle, quelques expéditions chez un notaire, ne peut être considéré comme clerc dans le sens de la loi.

Quelles sont, d'autre part, les personnes que l'on peut considérer comme atteintes par cette expression : serviteurs ? Ce ne sont évidemment pas toutes les personnes qui prêtent leurs services moyennant un gage, comme le laissait à entendre la constitution de 1791, laquelle n'envisageait la question qu'au point de vue de l'attribution des droits de citoyen, mais plutôt celles seulement qui sont attachées au service de la personne ou du ménage, c'est-à-dire celles qui logent dans la maison, y prennent leur nourriture et sont attachées

soit à la personne, soit aux biens d'une façon continue.

Par là même, se trouvent exclus de cette dénomination les individus attachés à la famille en qualité de précepteurs, secrétaires intendants qui, s'ils logent avec le maître de la maison et en reçoivent des gages, sont plutôt des employés que des serviteurs. Il ne faut pas davantage considérer comme serviteurs, les ouvriers à la journée qui ne reçoivent ni logement ni nourriture, et les ouvriers ou employés des usines, s'ils ont un ménage ou une habitation séparée, car ils ne sont pas vis-à-vis du patron dans une dépendance habituelle et nécessaire.

Au surplus, disent les auteurs, en présence du silence de la loi, on comprend qu'une grande latitude d'appréciation soit laissée aux tribunaux. Si le devoir du notaire est d'écarter tout témoin dont la capacité serait douteuse, la règle au contraire pour les juges est de se prononcer, lorsque l'acte est passé, dans le sens de sa validité. La raison directrice pour tous, c'est que les témoins doivent être dégagés de l'influence des parties et du notaire.

En règle générale, il sera toujours prudent pour ces derniers de ne pas employer comme témoins

toutes personnes que l'on pourrait considérer, sous quelque rapport que ce soit, comme leurs subordonnés.

Les incapacités, basées sur la parenté, ne sont pas les seules prévues par un texte de loi. D'après les articles 9 de la loi de ventôse et 980 du Code civil, les témoins, peu importe leur sexe, doivent être majeurs, français et jouir de leurs droits civils. Il faut, en outre, qu'ils sachent signer et qu'ils soient domiciliés, suivant les cas, soit en France, soit dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Ces textes, tels qu'ils étaient avant la loi du 7 décembre 1897, exigeaient aussi que les témoins fussent citoyens français. Cette exigence était une cause fréquente de difficultés soit pour le notaire, soit pour l'officier de l'état civil ; dans les petites localités où la population était presque exclusivement agricole et ouvrière, il n'était pas rare que l'officier public se trouvât sans témoin du sexe mâle au moment de la réception d'un acte. Il fallait donc parer à cet inconvénient. Dès 1888, une proposition de loi avait été déposée, pour demander que la femme pût être témoin dans les actes de l'état civil. Une seconde proposition dans le même sens fut déposée en 1889. En 1890, M. Leconte, député de

l'Indre, fit une nouvelle proposition ayant le même objet, mais sous la restriction que deux femmes ne pouvaient en même temps être témoins, l'un des témoins devant toujours être du sexe mâle. Aucune de ces propositions ne vint en discussion, seule la proposition de M. Leconte fut l'objet d'un rapport qui concluait d'ailleurs à son rejet.

En 1893, M. Leconte déposa une nouvelle proposition de loi qui accordait à la femme le droit absolu d'être témoin dans les actes de l'état civil. Cette proposition de loi fut adoptée par la Chambre des députés, urgence déclarée, dans la séance du 30 janvier 1896. Au Sénat, la Commission crut devoir aller plus loin ; elle reconnut aux femmes le droit d'être témoins, non seulement dans les actes de l'état civil, mais aussi dans tous les actes instrumentaires. Le Sénat adopta la proposition de loi ainsi modifiée et la Chambre des députés, dans sa séance du 29 novembre 1897, admit le texte voté par le Sénat.

D'après cette nouvelle loi, la femme a un droit égal à celui de l'homme pour être témoin dans les actes de l'état civil, dans les testaments et dans les actes notariés. Il en résulte que deux femmes peuvent être témoins dans un même

acte, et même, en ce qui concerne les testaments, tous les témoins peuvent être des femmes.

Toutefois, il est fait une exception en ce qui concerne les témoins mariés ; le mari et la femme ne peuvent être témoins dans le même acte ou dans le même testament. Les témoins doivent en effet avoir une indépendance absolue, et on a pu craindre que le mari ne puisse agir sur la volonté de sa femme dans le cas où ils seraient témoins ensemble.

Par suite, les témoins pour les actes civils n'auront qu'une condition à remplir : être âgés de vingt et un ans au moins. L'ancien article 37 exigeait qu'ils fussent du sexe masculin, cette condition a été abolie par la loi nouvelle.

De même, le nouvel article 980 exige des témoins aux testaments deux conditions : être majeurs et français ; mais ils peuvent être indifféremment de l'un et l'autre sexe. L'ancien article 980 prescrivait en outre qu'ils aient la jouissance des droits civils ; bien que le nouvel article 980 ne mentionne pas cette condition, on doit toujours considérer que les témoins aux testaments doivent avoir la jouissance de leurs droits civils, et il n'est pas douteux qu'ils ne puissent être témoins, s'ils ont encouru la dégradation civi-

que ou certaines condamnations correctionnelles.

A l'égard des témoins instrumentaires dans les actes notariés, ils doivent, d'après le nouvel article 9 de la loi de ventôse, an XI, savoir signer, et être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. L'ancien article 9 portait qu'ils devaient être citoyens français, et cette qualification supposait qu'ils étaient français, mâles, majeurs, jouissant de leurs droits civils et politiques. Le législateur, dans le nouvel article 9, a supprimé cette condition parce qu'elle était incompatible avec le droit pour la femme d'être témoin. Mais il ne faut pas conclure, bien que le texte ne l'indique pas, que les témoins instrumentaires ne doivent pas être majeurs, ni avoir la jouissance de leurs droits civils, et même, s'ils sont des hommes, de leurs droits politiques. Il y a là certainement une lacune dans le nouveau texte de loi ; toutefois, si l'on se reporte à l'intention du législateur, on ne peut contester qu'il ait voulu seulement donner à la femme le droit d'être témoin, sans modifier d'aucune manière la capacité des témoins instrumentaires. Quoi qu'il en soit, il est regrettable qu'une loi aussi importante soit rédigée avec aussi peu de précision.

Les témoins doivent être majeurs ; le mineur

dans notre droit est frappé d'une incapacité générale, il ne peut remplir aucun acte de la vie civile. Il faut donc décider, à plus forte raison, qu'il ne peut, par sa signature, assurer la vérité et la foi de ces actes et partager avec le notaire la confiance de la loi. De plus il est indispensable que les notaires ne choisissent ou n'acceptent comme témoins que des personnes offrant de sérieuses garanties de capacité, dans lesquelles ils puissent trouver au besoin un solide témoignage de l'accomplissement de leurs devoirs. La loi est expresse à cet égard et ses termes formels excluent même les mineurs émancipés.

Enfin, les témoins doivent être français ; l'étranger, alors même qu'il serait admis à jouir en France de ses droits civils, ne peut servir de témoin. La même règle s'appliquerait forcément aujourd'hui aux Alsaciens-Lorrains qui n'ont pas opté pour la nationalité française. Mais que faut-il entendre par cette expression, français ? L'ancien article 9 exigeait que les témoins fussent citoyens français, la loi nouvelle a-t-elle modifié cette disposition en ce qui concerne les témoins du sexe mâle ? Nous avons admis sur la généralité des auteurs que législateur de 1897 n'a rien innové à cet égard. S'il suffit à la femme d'être

française et de jouir de sa capacité civile ; pour être témoin, il faut, en outre, à l'homme, la jouissance de ses droits politiques.

Ainsi, ne peuvent être témoins dans les actes notariés les condamnés à des peines correctionnelles avec privation formelle de l'exercice des droits civils ou du moins de la faculté d'être témoins. Les condamnations à des peines correctionnelles laissent intacts, en principe, les droits civils du condamné, sauf lorsque l'interdiction civique est attachée comme appoint à une autre pénalité, celle-là principale. La personne contre laquelle est prononcée cette interdiction, n'est pas nécessairement privée de tous les droits énumérés en l'article 42 du Code civil, car la loi dit que le juge peut les lui interdire en tout ou en partie. Le juge a donc la faculté de faire un triage entre ces différents droits et d'en interdire quelques-uns seulement au condamné, notamment celui d'être témoin.

Quant aux condamnations à une peine criminelle, elles portent toujours atteinte aux droits civils du condamné. Tantôt cette atteinte est le résultat direct et exclusif de la condamnation, qui a pour but unique de priver le condamné de ses droits civils, tantôt elle est le résultat

d'une condamnation à une autre peine criminelle, celle-ci principale.

La seule peine criminelle qui ait directement et exclusivement pour objet de priver, en partie, le condamné de ses droits civils, c'est la dégradation civique. Elle le prive en outre de tous ses droits politiques, et ce n'est pas seulement l'exercice de ses droits qui est retiré au condamné, mais aussi la jouissance. Toutes les autres peines criminelles produisent le même résultat, la dégradation civique en étant l'accessoire obligé. Par suite, tous individus condamnés à la peine des travaux forcés, de la détention ou de la réclusion sont incapables d'être témoins.

Une question, qui a fait l'objet de bien des controverses et sur laquelle les auteurs sont loin d'être d'accord, est celle de savoir s'il faut comprendre parmi ces incapables le failli non réhabilité. L'on a dit que la nomenclature des droits, dont le failli peut être privé, se trouve explicitement déterminée par les lois commerciales et que celles-ci ne portent pas contre lui l'interdiction d'être témoin instrumentaire. Mais l'opinion contraire est généralement enseignée. En effet, il résulte de l'article 9 de la loi de ventôse an XI que, dans la pensée du législateur, les deux témoins instru-

mentaires, appelés à suppléer le second notaire, participent en quelque sorte de la puissance publique. D'où la conséquence qu'ils doivent être citoyens français, c'est-à-dire jouir de la plénitude de leurs droits civils et politiques. Les conditions nécessaires pour être citoyens français ressortent nécessairement des termes de l'article 5 de la constitution du 22 frimaire an VIII sous l'empire de laquelle, la loi du 25 ventôse an XI a été rendue ; constitution qui porte que l'exercice des droits de citoyen français est suspendu par l'état de débiteur failli. Le législateur de l'an XI n'a pas pu vouloir déroger, par une loi spéciale au notariat, à la règle générale posée dans la constitution de l'an VIII relativement aux conditions à remplir pour être citoyen français. Bien au contraire, loin d'être abrogée par les législations subséquentes, cette disposition à l'article 5 de la constitution de l'an VIII a conservé force de loi et a reçu une nouvelle et dernière sanction dans l'article 15 du décret organique du 2 février 1832 qui exclut des listes électorales le failli non réhabilité. Enfin l'on arguerait vainement du défaut de prohibition expresse à l'encontre du débiteur failli dans les lois qui régissent le commerce ; il y a lieu au contraire de considérer la nomenclature des

droits dont le failli peut être privé, comme purement énonciative et non limitative.

Certains auteurs, ceux qui admettent que les formalités exigées pour les testaments sont réglées d'une façon complète par le Code civil, ont cherché à résoudre la question d'une autre manière. D'après eux, les conditions absolues de capacité légale, indiquées par l'article 980 du Code civil, sont les seules que l'on puisse exiger pour les témoins instrumentaires. Ainsi il n'est pas nécessaire qu'ils jouissent de la plénitude des droits politiques. Un failli non réhabilité peut donc être témoin testamentaire. Les conditions de capacité légale absolues pour les témoins testamentaires, sont déterminées par l'article 980, qui est d'ailleurs également applicable au testament par acte public et au testament mystique.

Les témoins appelés pour être présents aux testaments, dit cet article, doivent être mâles, majeurs, français et jouissant de leurs droits civils. Cette disposition spéciale doit faire écarter la disposition générale de l'article 9 de la loi de ventôse an XI qui détermine la capacité requise dans la personne des témoins pour les actes notariés ordinaires.

Cette distinction entre les testaments et les actes

notariés ordinaires est généralement rejetée, et c'est la conséquence logique du principe que nous avons admis, à savoir que la matière des testaments est régie à la fois par le Code civil et par la loi de ventôse.

En présence des controverses qui existent sur la question, il importe de prévenir toute difficulté en s'abstenant d'admettre les faillis comme témoins instrumentaires.

A ces conditions de capacité, il y a lieu d'en ajouter deux autres : le législateur exige que les témoins sachent signer et justifient en outre, suivant les cas, de leur domicile soit en France, soit dans l'arrondissement communal.

Les ordonnances de 1560 et de 1579 n'exigeaient pas que les témoins sussent signer, à moins qu'il ne s'agît d'actes passés dans les villes ou gros bourgs, ou par une partie ne pouvant pas signer. En ces cas, l'article 166 de l'ordonnance de 1579 voulait qu'au moins un témoin sût signer. La loi de ventôse exige au contraire que les deux témoins sachent signer. On sait que l'article 974 du Code civil a dérogé en ce point pour les testaments dont les témoins, du reste, sont plus nombreux. Le législateur a considéré qu'il pourrait être difficile, dans certaines localités de se procurer deux

ou quatre témoins sachant signer, aussi a-t-il décidé que, dans les campagnes, il suffira que le testament soit signé par la moitié des témoins.

De plus, tout témoin appelé à figurer dans un acte notarié autre qu'un testament, doit être domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Et que faut-il entendre par arrondissement communal ? L'article 1^{er} de la loi de pluviôse an VIII, sur l'organisation administrative, divisait le territoire français en départements et arrondissements communaux ; l'arrondissement était donc ce qu'on appelle aujourd'hui la sous-préfecture. L'article 6 de la loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation judiciaire ordonnait, d'autre part, l'établissement d'un tribunal par arrondissement communal. L'arrondissement judiciaire et l'arrondissement communal étaient donc en l'an XI la même chose. Par suite on peut dire, avec tous les auteurs, que par arrondissement communal, il faut entendre le ressort du tribunal dans lequel le notaire reçoit l'acte. De même, le mot domicile doit être entendu dans le sens que lui donne le Code dans les articles 102 et suivants ; une simple résidence serait donc insuffisante.

La loi est moins exigeante pour les testaments

il suffit que les témoins dans ces actes soient domiciliés en France. Le législateur dans l'article 980 du Code civil a tenu compte des différences essentielles qui existent entre les testaments et les autres actes notariés. En effet, presque toujours c'est le testateur lui-même qui choisit les témoins et il appellera par préférence des personnes étrangères à la localité afin de mieux assurer le secret de ses dispositions.

L'acte doit mentionner la demeure des témoins, il s'agit là d'une énonciation prescrite par la loi de ventôse, sans que le Code ait dispensé de cette formalité les actes testamentaires.

C'est d'ailleurs un moyen indispensable pour vérifier la capacité légale des témoins.

Il ne suffit pas que les témoins jouissent de la capacité civile ou juridique, ils doivent avoir aussi quelques qualités physiques et morales, dont la loi ne parle pas, mais que les principes généraux du droit et la raison exigent impérieusement. Pour qu'un témoin puisse rendre témoignage de ce qu'il a vu et entendu, il faut qu'il comprenne ce qui se passe devant lui et qu'il puisse s'en rendre compte. C'est aux magistrats à décider, si les témoins appelés dans les actes notariés, étaient dans un état physique tel, qu'ils

aient vu et entendu les parties, qu'ils aient compris leurs dispositions et qu'ils se soient rendu compte de tout ce qui s'est passé devant eux. Par suite, il faut déclarer incapables les idiots, les fous, les interdits, ceux, en un mot, qui ne jouissent pas suffisamment de leurs facultés intellectuelles. De même, ne pourraient être témoins dans les actes l'individu en état d'ivresse, les sourds, les sourds-muets et ceux qui ne comprennent pas la langue dans laquelle l'acte est rédigé. Des auteurs enseignent que l'ignorance de la langue n'est pas une cause d'incapacité pour les actes non solennels, dont la lecture n'est pas exigée par la loi en présence des témoins. Nous ne saurions admettre cette doctrine qui ne tendrait à rien moins qu'à prouver l'inutilité absolue des témoins instrumentaires.

Les aveugles peuvent-ils être témoins? La loi romaine rejetait leur témoignage et il doit en être de même aujourd'hui surtout quand il s'agit d'actes testamentaires. Le but du législateur est, sans contredit, de prévenir toutes les surprises et de garantir l'accomplissement exact de toutes les formalités prescrites. Il est donc indispensable que les témoins voient le testateur et puissent s'assurer de son identité; il faut aussi qu'ils puis-

sont certifier que le notaire a écrit le testament, que l'acte a été signé et que les autres formalités exigées par la validité de cet acte, ont été remplies. Mais la cécité alléguée de l'un des témoins instrumentaires ne pourrait entraîner la nullité de l'acte auquel il a concouru, que s'il était justifié que le témoin était hors d'état de distinguer les personnes et les choses d'une façon nette.

En ce qui concerne les muets, le point de savoir s'ils peuvent être témoins dans les actes notariés est encore l'objet d'une assez vive controverse. Grenier les comprenait parmi les incapables et le droit romain les excluait également de la faculté d'être témoins. Mais le muet sachant écrire voit, entend et comprend ce qui se passe ; il peut attester par sa signature que toutes les formalités ont été observées en sa présence. L'exclusion de la loi romaine ne doit plus être admise.

Quant au prodigue, nous savons que la prodigalité n'est plus une cause d'interdiction ; la nomination d'un conseil n'enlève pas au prodigue ses droits civils, ni, par conséquent, celui d'être témoin.

Enfin, l'on ne peut appeler comme témoins ceux qui sont parties dans l'acte. Si l'article 10 de

la loi de ventôse défend de prendre pour témoins les parents ou alliés des parties, comment supposer qu'on ait pu admettre celles-ci à attester la sincérité d'un acte qui est fait par elles et pour elles. Cela est d'évidence et admis par tous les auteurs ; *Nemo idoneus testis in re suâ intelligitur*. Un témoin ne pourrait donc, dans un procès-verbal d'adjudication, se porter enchérisseur, sans occasionner la nullité de l'adjudication.

Non seulement les témoins ne peuvent pas être parties à l'acte, mais ils ne peuvent même pas avoir un intérêt dans cet acte ; la loi, sans doute, est encore muette sur ce point, mais, décider le contraire, serait évidemment méconnaître l'esprit de la loi, qui exige des témoins, connus du notaire, une impartialité absolue.

Toutefois, il a été jugé qu'on ne saurait considérer comme intéressé à l'acte où il figure, l'habitant d'une commune pour laquelle cet acte est passé, ou le maire d'une commune, qui est de droit membre du conseil de fabrique, si la fabrique est représentée à l'acte par son trésorier.

Si un notaire a appelé, pour servir de témoin instrumentaire dans un acte, une personne qui, d'après l'opinion commune, réunit toutes les conditions de capacité prescrites par la loi, alors

qu'en réalité elle en est dépourvue, quel sera l'effet de cette incapacité au point de vue de la validité de l'acte ? La capacité putative couvrira-t-elle la nullité résultant de l'incapacité réelle en vertu de la maxime : *error communis facit jus* ? La jurisprudence et les auteurs admettent généralement l'affirmative.

Toutefois, pour que l'erreur commune équivale à la capacité effective, il faut que cette erreur résulte d'une série d'actes multiples qui forme pour le témoin une possession publique et paisible de l'état qu'elle suppose : car c'est alors seulement qu'il est impossible de ne pas se tromper. Il importerait peu que les témoins et le notaire eussent l'opinion erronée de la capacité du témoin, leur croyance n'a d'effet que lorsqu'elle est partagée par le public et qu'elle coïncide avec la possession de l'état supposé. Ainsi la déclaration du témoin qu'il est sujet du roi, qu'il jouit de ses droits civils, ne couvrirait pas la nullité du testament, si cette déclaration se trouvait fausse. D'après les termes mêmes d'un avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807, il faut qu'on n'ait pu ni prévoir ni empêcher l'irrégularité, que l'erreur, en un mot, ait été invincible et qu'il ait été, en quelque sorte, impossible de se prémunir contre elle.

Certains auteurs soutiennent qu'on ne doit admettre la capacité putative que lorsqu'il s'agit d'une incapacité résultant de l'extranéité ou de la privation des droits civils et qu'elle doit toujours être repoussée lorsqu'elle résulte de l'âge, de la parenté, de l'alliance d'un témoin ou de la capacité morale. Mais cette distinction nous paraît devoir être rejetée, bien que nous reconnaissons volontiers que la capacité putative, si elle porte sur des qualités physiques et morales ou sur l'âge et la parenté des témoins, ne doit être admise que si des circonstances exceptionnelles ont servi à l'accréditer et à rendre impossible la connaissance de la vérité.

La jurisprudence paraît fixée en ce sens ; c'est ainsi que les tribunaux ont refusé d'annuler des actes où avaient été appelés comme témoins des individus réputés citoyens français, mais qui en réalité étaient étrangers, alors surtout que ces individus mariés et domiciliés en France, soumis à toutes les charges publiques communales et portés sur les listes électorales, avaient déjà figuré comme témoins dans plusieurs actes notariés.

C'est ainsi encore qu'un arrêt de la Cour d'Aix, du 29 juillet 1838, a validé un testament dans lequel figurait comme témoin un mineur qui

s'était déclaré fils majeur, quoiqu'il lui manquât trente-trois jours, et qui avait déjà figuré dans plus de vingt actes publics. De même, un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1834 a maintenu un testament portant institution de tous les fil-leuls du testateur, lesquels étaient en très grand nombre, ce qui n'avait pas permis de reconnaître la parenté de l'un des témoins avec l'un des légataires.

Mais la capacité putative ne pourrait suppléer la capacité réelle lorsque l'erreur commise n'est pas motivée par des faits et des actes extérieurs propres à l'accréditer et à le rendre excusable, ou lorsque, avec une vigilance ordinaire, l'incapacité du témoin pouvait être découverte. Par suite, on devrait considérer comme insuffisant, pour constituer la capacité putative d'un témoin étranger, le paiement de sa part dans la contribution personnelle, parce que c'est là une charge qui pèse sur l'étranger résidant en France comme sur le Français. De même, le fait qu'il avait assisté comme témoin à quelques actes, car on ne peut induire de là qu'il ait une possession publique de la qualité de Français. L'on ne pourrait pas davantage écarter la nullité d'un acte résultant de l'incapacité du failli, par application du principe :

Error communis facit jus, lorsque le fait de la faillite remonte à une époque peu éloignée et a reçu toute la publicité possible, alors même que le failli n'aurait pas cessé d'être inscrit sur les listes électorales. Serait également nul le testament authentique dans lequel l'un des témoins est allié au degré prohibé de l'un des légataires, si l'affinité du légataire et du témoin pouvait être facilement connue et constatée.

Du reste, la question de savoir si l'erreur est de notoriété publique, et par suite excusable, si elle est imputable ou non aux parties ou à l'officier public, est une question de fait dont l'appréciation appartient aux tribunaux, qui en décident souverainement.

De la nullité des actes authentiques. — De la responsabilité des notaires et des témoins instrumentaires.

Les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité.

D'après la loi du 29 septembre 1790, l'acte notarié n'était revêtu de ce caractère qu'autant qu'il avait été enregistré ; la loi du 22 frimaire an VII est venue modifier cette législation. L'authenticité des actes notariés ne dépend plus de la formalité de l'enregistrement, elle tient au caractère de l'officier public et à l'accomplissement des formes inhérentes à l'acte au moment où il est passé. Le défaut d'enregistrement dans les délais prescrits n'a plus d'autre effet que de soumettre les notaires au paiement d'une amende et non de faire considérer l'acte comme sous seing privé. La législa-

tion de l'an VII a reconnu au notaire le pouvoir d'authentifier les conventions, d'en certifier la date et de leur donner, en les recevant, le caractère et la force de l'exécution parée. Le notaire exerce ici une partie de l'autorité de justice, ce qu'il écrit fait la loi des parties. D'ailleurs, la mission du notaire ne s'arrête pas aux garanties de forme qu'il doit donner à ses actes. Il éclaire les parties sur les mérites et les conséquences de leurs conventions, il les dirige dans les opérations à l'aide desquelles elles cherchent à augmenter leur fortune ou à réparer leurs pertes, il est le conseiller de leurs intérêts et souvent l'arbitre amiable de leurs différends. Il intervient dans les principaux actes de la vie civile, il recueille les dernières volontés. « Les notaires, dit Réal, sont les rédacteurs impartiaux de la volonté des parties, ils leur font connaître l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigent ces engagements avec clarté, leur donnent le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort. En conservant leur dépôt avec fidélité, ils empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation »

Un tel ministère, on pourrait presque dire une telle magistrature, commande à ceux qui l'exercent une exactitude, une délicatesse, une probité à toute épreuve et à ces qualités doivent se joindre des notions exactes et une connaissance pratique des affaires.

En face d'une mission aussi étendue et aussi importante, le législateur devait environner les notaires de toute la dignité qui commande et inspire la confiance. Il devait soumettre leur nomination à des conditions rigoureuses de capacité, établir pour la réception de leurs actes des règles formelles dont l'inobservation serait sévèrement sanctionnée. C'est ce qu'il a fait dans la loi du 25 ventôse an XI, comme nous le verrons par la suite.

Pour qu'un acte soit authentique, il faut qu'il ait été reçu par un notaire compétent et capable. Dans le cas où ces conditions ne seraient pas remplies, quelles seraient les conséquences de leur omission ?

Il est évident, d'abord, que l'acte ne serait pas authentique. Mais hâtons-nous d'observer que la nullité de l'acte authentique ne peut exercer aucune influence sur la validité de la convention ou du fait juridique que cet acte était destiné à cons-

tater : « *Fiunt scriptura ut per eas facilius probari possit quod actum est ; sine his autem valet quod actum est, si aliunde habeat probationem* ».

La preuve que les parties entendaient se ménager leur fait défaut, mais le sort du droit en est absolument indépendant, elles pourront l'établir par les autres modes de preuve que la loi autorise et, si elles ne peuvent y parvenir, le droit n'en existera pas moins, seulement il sera paralysé quant à son exercice.

Il n'y a d'exception à ce principe que lorsque le contrat est solennel, parce que l'authenticité est alors substantielle, et aussi dans le cas où les parties ont subordonné la formation d'un contrat consensuel, tel que la vente, à la condition qu'il serait constaté par acte notarié. Nous savons en effet qu'il existe certains contrats soumis, à peine de nullité, à des formes particulières. Le consentement des parties est bien nécessaire pour leur perfection, mais il ne suffit pas ; il n'a aucune valeur aux yeux de la loi, s'il n'est pas manifesté dans la forme légale. Ainsi, les donations, contrats de mariage, constitutions d'hypothèque, alors même qu'ils ont été revêtus de la signature de toutes les parties, sont nuls et sans effet, s'ils n'ont été passés dans les formes prescrites par la loi.

Mais l'écrit, nul comme acte authentique, n'est pas toujours destitué de tout effet au point de vue de la preuve, il vaut comme acte sous seing privé, s'il en présente le caractère substantiel, à savoir la signature des parties. L'acte dégénère alors en un autre acte sous seing privé. Il est raisonnable de présumer que les contractants, qui ont voulu se constituer la preuve littérale la plus énergique, n'ont pas entendu, dans le cas où une irrégularité vicierait l'acte authentique, renoncer à la force probante qui peut lui rester. L'article 1318 consacre ce résultat dans une disposition qui n'est que la reproduction abrégée de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI concernant l'organisation du notariat : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties ». Faut-il nécessairement que toutes les parties aient signé ? Oui, si toutes se sont obligées, comme il arrive dans les contrats synallagmatiques.

Mais s'il s'agissait d'un contrat unilatéral, d'un prêt ou d'un dépôt par exemple, la signature de la partie obligée suffirait ; la loi n'a pas pu, en effet, se montrer plus exigeante que pour l'acte sous seing privé ordinaire.

L'article 1318 ne dit pas, ce qui eut été naïveté, que l'acte dépourvu d'authenticité pour l'une des causes qu'il indique, est une écriture privée, mais bien qu'il vaut comme écriture privée s'il est signé des parties. Aucune autre condition n'est requise pour la validité de l'acte comme écriture privée et, par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il satisfasse aux exigences de l'article 1325 quand la convention qu'il constate est synallagmatique, ni à celle de l'article 1326 quand il constate une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose appréciable. La difficulté soulevée au sein du Conseil d'Etat, lors de la discussion du projet du Code civil, a été positivement résolue dans ce sens. Cette solution s'imposait d'ailleurs. Déclarer applicables les articles 1325 et 1326, c'eut été réduire à une vaine formule les dispositions de l'article 1318, puisque les parties, qui veulent et qui croient faire un acte authentique, n'auront jamais, en fait, accompli les conditions de validité de l'acte sous-seing privé auquel elles ne songent pas. Ajoutons enfin que les formalités du double original et du bon ou approuvé n'ont plus de raison d'être quand l'acte a été reçu par un officier public. En prescrivant la première pour la constatation des contrats bilatéraux, la

loi a voulu que chacun des contractants eut entre les mains une preuve de l'obligation contractée à son égard ; or l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, sera conservé comme les titres authentiques réguliers, dans les archives de l'officier public qui l'a reçu et sera toujours également à la disposition des deux parties. De même, en prescrivant la formalité du bon ou approuvé, quand le souscripteur n'a pas écrit lui-même le corps du billet, le législateur a voulu prévenir l'abus des blancs-seings et les surprises dont peut être victime un débiteur qui a signé le billet de confiance, sans en vérifier suffisamment la teneur ; or ces abus et ces surprises sont moins à craindre lorsque l'acte a été rédigé par un officier public.

Mais l'acte dont parle l'article 1318 ne peut en aucun cas valoir plus que ne vaudrait un écrit sous seing privé. Il vaut comme écriture privée, dit l'article 1318, c'est-à-dire qu'il vaut ce que vaudrait un acte sous-seing privé, pas davantage. Il en résulte que le titre n'aura aucune valeur, si le contrat qu'il était destiné à constater, était un contrat solennel, par exemple une donation, et qu'il ne pourra faire foi de sa date à l'égard des tiers que dans les conditions déterminées par l'article 1328.

L'article 1318, en attribuant à l'acte authentique irrégulier la valeur d'un acte sous-seing privé ordinaire, lorsqu'il est simplement signé des parties, y a mis une condition rigoureuse ; il faut que l'acte émane d'un officier public agissant en cette qualité. La garantie qu'offre toujours l'intervention d'un officier public, malgré son incompétence ou son incapacité ou le vice de forme qu'il a pu commettre, remplace, dans la pensée du législateur, les formalités protectrices auxquelles sont soumis, dans la plupart des cas, les actes sous-seing privé ordinaires.

De là, il suit qu'il faut reconnaître la force probante de l'écrit sous-seing privé à l'acte reçu par un notaire, fût-il notaire en second, en dehors des limites de son ressort, de même à l'acte dressé par un officier public qui est simplement incapable soit pour parenté avec l'une des parties, soit à raison de la suspension prononcée contre lui ou de sa destitution et de son remplacement. Logiquement, on aurait dû admettre que l'acte reçu par un officier public, après la notification à lui faite de sa destitution ou de son remplacement, était dénué de toute force probante, puisque, dans ce cas, l'officier public est devenu une personne privée, mais le contraire résulte de la combinaison des

articles 68 et 52 de la loi de ventôse an XI qui mettent les cas de destitution et de remplacement sur la même ligne que la suspension.

En dehors des cas de nullité que nous venons d'étudier : incompétence de l'officier public, son incapacité ou celle des témoins instrumentaires, la validité de l'acte authentique pourra encore être atteinte pour inobservation des formes prescrites par la loi. Dans cette hypothèse, l'acte sera soit nul de nullité absolue, soit valable comme signature privée. Enfin, il est des cas où le législateur s'est contenté de prononcer une amende contre le notaire contrevenant, sans enlever à l'acte son caractère d'authenticité.

Nous avons déjà vu que certains actes sont nécessairement assujettis à l'authenticité et ne peuvent valoir que sous cette forme, par exemple le testament notarié, le contrat de mariage, la donation, la constitution d'hypothèque. De pareils actes sont irrévocablement nuls s'ils manquent de l'une des conditions voulues pour leur authenticité. Ainsi, une donation ne pouvant valoir lorsqu'elle est nulle comme acte authentique, n'a pas même la force d'un acte sous-seing privé si elle est annulée pour avoir été reçue par un notaire hors de son ressort. Il en serait de même du con-

trat de mariage alors qu'il aurait été signé de toutes les parties. Du reste, les dispositions de l'article 1318 Code civil et de l'article 68 de la loi de ventôse s'appliquent à toutes les nullités résultant de l'inobservation des formalités prescrites pour la validité des actes comme authentiques.

Le législateur s'est montré particulièrement rigoureux dans la matière des testaments par acte public, où il doit être fait mention expresse, à peine de nullité, que la lecture du testament a été donnée au testateur en présence des témoins. Sans doute cette mention assurera l'accomplissement des formalités prescrites. Le notaire, qui ferait une fausse mention, se rendrait coupable d'un faux en écritures publiques et deviendrait, comme tel, passible de la peine des travaux forcés à perpétuité. Il est donc à peu près certain qu'une formalité a été remplie, lorsque le notaire l'affirme par une mention expresse ; il jouerait trop gros jeu en faisant une affirmation contraire à la vérité.

La garantie de l'honneur du notaire était la plus forte de toutes, c'est celle que le législateur a choisie. Et pourtant, que de testaments sont annulés pour défaut ou insuffisance de mention, et qui étaient cependant l'expression fidèle de la

volonté des testateurs ! L'article 13 de la loi de ventôse se montre moins sévère pour les actes notariés ordinaires où le défaut de cette mention n'entraîne contre le notaire qu'une amende de cent francs, réduite à 20 francs par l'article 10 de la loi du 16 juin 1824.

Il doit également être fait mention expresse de la présence des témoins au moment de la lecture du testament, mais le législateur n'exige pas la mention de leur présence à la dictée et à l'écriture. On ne se rend pas compte de cette différence. Toutefois les nullités de forme sont de droit étroit et ne peuvent être appliquées par analogie ; il a été jugé qu'un testament ne saurait être annulé parce que le notaire n'a pas fait mention expresse de la présence des témoins à la dictée et à l'écriture.

L'omission de la lecture ou de la mention qu'elle a été faite entraînerait encore la nullité de l'acte, s'il s'agissait d'un des actes solennels compris dans l'article 2 de la loi du 21 juin 1843. Mais les actes ordinaires ne pourraient être annulés pour ce motif, car aucune disposition de la loi ne prononce cette nullité. Le notaire doit faire mention dans ses actes que lecture en a été donnée aux parties, sous peine de vingt francs d'amende.

Lorsqu'un acte est reçu avec l'assistance, non pas d'un second notaire, mais de témoins instrumentaires, il doit énoncer le nom et la demeure de ces témoins sous les peines édictées par l'article 68 de la loi de ventôse, c'est-à-dire, sous peine de nullité de l'acte comme authentique et de dommages-intérêts, s'il y a lieu, contre le notaire. La mention des prénoms des témoins, de même que celle de leur profession n'est pas exigée par la loi. Aussi a-t-on jugé que la fausse désignation de la profession des témoins, n'est pas une cause de nullité, ni l'erreur dans l'orthographe du nom. La règle pour le juge est de s'assurer jusqu'à quel point l'identité des témoins peut rester incertaine par suite de l'erreur dans la désignation de leurs noms.

Dans l'article 12 relatif aux témoins instrumentaires, la loi prescrit seulement de mentionner leurs noms et demeures ; au contraire, les actes notariés doivent contenir les noms, prénoms, profession et demeure des témoins appelés dans le cas de l'article 11. Pourquoi cette différence établie par la loi entre les témoins certificateurs et les témoins instrumentaires ? Il serait difficile de s'en rendre bien compte et nous ne chercherons pas à résoudre la question.

Lorsque l'acte est reçu par deux notaires, la loi exige également qu'il contienne le nom du notaire rédacteur et le lieu de résidence tant de ce dernier que du notaire en second, afin de s'assurer qu'ils n'ont pas instrumenté en dehors de leur ressort. L'inobservation de cette prescription n'entraînerait pas la nullité de l'acte, mais seulement une amende contre les notaires. Quant au nom du notaire en second, son indication dans l'acte n'est pas nécessaire, telle est l'opinion universellement admise, l'article 12 n'exigeant que l'énonciation du notaire qui reçoit l'acte. Il suffit donc que le notaire en second, soit désigné sous le nom de confrère ou de collègue, comme cela se fait toujours dans l'usage. Toutefois depuis la loi du 21 juin 1843 sur les notaires en second, le nom de ce notaire devrait être exprimé dans tous les actes qu'énumère l'article 2 ; il devrait l'être de même dans les testaments et les actes respectueux.

Aux termes de l'article 12 de la loi de ventôse, les actes notariés doivent énoncer encore le lieu, l'année et le jour où ils sont passés sous les peines prononcées par l'article 68 et même de faux, s'il y échoit. D'après la jurisprudence l'indication de la commune suffit, il n'est donc pas nécessaire de faire mention de la maison ou du lieu particu-

lier où l'acte est passé. Il importe peu du reste que la commune ou la ville soit plus ou moins considérable, toute distinction serait arbitraire. C'est cette mention qui nous fera connaître si le notaire a instrumenté dans son ressort.

Enfin les actes notariés doivent être datés, l'article 12 exige qu'ils énoncent l'année et le jour où ils sont passés. La loi a omis de parler du mois, d'où il résulte que le jour du mois pourrait être indiqué par celui d'une fête publique fixe, comme Noël, l'Assomption. La mention de l'heure n'est pas ordonnée, toutefois elle pourrait être utile dans certains actes, notamment dans les testaments, à cause de la révocation qui aurait lieu par d'autres testaments du même jour. La mention de la date est d'une grande importance dans un acte notarié. En effet, les parties étaient-elles capables de contracter, les témoins avaient-ils la capacité légale au moment de la passation de l'acte? Autant de questions que la date a pour but de trancher. Aussi la loi en prescrit-elle l'énonciation dans l'acte, sous les peines édictées par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, et même de nullité absolue pour les testaments et les actes solennels dans lesquels *forma dat esse rei*.

Devraient encore être déclarés nuls, sauf à

valoir comme actes sous seings privés, s'ils sont signés de toutes les parties, les actes notariés reçus en présence d'un nombre de témoins insuffisant, ainsi que les actes reçus devant des témoins ne sachant pas signer, ou domiciliés en dehors de l'arrondissement communal. Seraient nuls également comme actes authentiques, ceux qui n'auraient pas été signés par les témoins ou qui n'auraient pas été revêtus de la mention de leur signature.

En dehors des cas que nous venons de prévoir, l'omission des formalités prescrites par la loi n'entraînerait contre le notaire qu'une amende de cent francs aujourd'hui abaissée à vingt francs par la loi du 16 juin 1824. Telle serait la pénalité appliquée au notaire qui n'aurait pas donné lecture de l'acte devant les parties et les témoins, ou n'aurait pas fait mention de cette lecture.

Toutefois, bien que la loi prononce la nullité des actes faits en contravention à l'article 68, il ne faut pas conclure que ces nullités sont encourues de plein droit, il faut une décision à l'autorité judiciaire et l'action en nullité de ces actes se prescrirait par dix ans.

Les notaires doivent donc prendre toutes les précautions nécessaires pour que leurs actes soient

régulièrement dressés. Sans doute leur responsabilité est facultative pour tous les tribunaux. La jurisprudence combine les articles 1382 et 1383 du Code civil avec l'article 68 de la loi de ventôse an XI et décide que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour décider si la faute du notaire est assez grave pour engager sa responsabilité et dans quelle mesure, la loi de ventôse ne prononçant de dommages-intérêts que s'il y a lieu. Ce principe posé, il ne faudrait pas en exagérer les conséquences. En effet, si les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation auquel ils ne peuvent renoncer, leur appréciation ne varie guère et ils tendent à déclarer le notaire toujours responsable des vices de forme. A l'origine, on trouve quelques arrêts rejetant des demandes en responsabilité, par le motif que le notaire n'a pas commis de faute lourde ni de dol. Mais depuis longtemps la jurisprudence des cours est fixée en sens contraire. On considère que le notaire ayant été institué pour donner aux actes un caractère d'authenticité et ayant à ce titre de grands privilèges, doit, d'une part, avoir une connaissance approfondie des règles de sa profession et, d'autre part, apporter à la rédaction des actes la plus grande attention. Quelque rigoureuse que puisse paraître

cette responsabilité, l'intérêt de la société l'exigeait, il fallait donner aux citoyens cette garantie contre l'infidélité ou l'ignorance des notaires. Du reste, peut-on dire qu'une faute soit légère lorsqu'elle entraîne, aux termes de la loi, de graves conséquences ? En réalité, sauf dans des cas exceptionnels, les notaires sont toujours déclarés responsables des vices de formes, les tribunaux n'usent de leur pouvoir discrétionnaire que pour la fixation des dommages-intérêts.

Il est élémentaire que le notaire doit connaître sa propre capacité, il est donc responsable lorsque l'acte reçu par lui vient à être annulé pour défaut de capacité en sa personne. Il en est ainsi notamment lorsqu'il instrumente en dehors de son ressort, lorsqu'il reçoit des actes dans lesquels lui ou ses parents ont un intérêt.

De même le notaire serait responsable si dans un testament il acceptait comme témoins des personnes qui, de notoriété publique, sont étrangères. Dans ce cas, il importerait peu que le notaire se fit couvrir par une déclaration des parties que ce sont elles qui ont choisi les témoins, ou par une déclaration des témoins qu'ils remplissent les conditions exigées par la loi. A plus forte raison on est d'accord pour reconnaître la responsabilité

du notaire dans le cas où c'est lui qui choisit les témoins et les désigne aux parties.

Mais lorsque le notaire ignore l'incapacité des témoins qui lui sont présentés par les parties, doit-il être rendu responsable de la nullité ? Dans un système, on repousse toute responsabilité. Les témoins, dit-on, sont présentés par les parties, c'est à elles de s'assurer si elles remplissent bien toutes les conditions d'idonéité. Le notaire est couvert par le fait même de la présentation qui lui en est faite. C'est surtout en matière de testaments que cette opinion a été soutenue. Le testateur, a-t-on dit, a intérêt à choisir ses témoins pour que ses dispositions ne soient pas divulguées. Et les tribunaux ont décidé à maintes reprises que le choix des témoins d'un testament appartenant au testateur, le notaire n'est pas responsable de la nullité provenant de l'incapacité de l'un de ces témoins. Bien que cette opinion soit admise d'une façon presque générale, nous croyons le second système plus juridique. Il est en effet inexact de dire que le notaire est à l'abri de tout reproche par le fait que les témoins sont présentés par les parties. La loi a exigé que les actes notariés fussent reçus devant deux notaires, elle a spécifié que dans des cas déterminés, les témoins

devraient assister le notaire, elle a posé des règles destinées à donner à leur présence une véritable utilité. C'est au notaire à faire le nécessaire pour que les conditions exigées par la loi soient remplies, c'est du devoir du notaire d'interpeller les témoins et, ces interpellations sont plus nécessaires encore, lorsque les témoins sont produits par le testateur, qui, la plupart du temps, ignorera les règles rigoureuses auxquelles la capacité des témoins testamentaires est assujettie. Le notaire qui néglige de faire ces interpellations est donc en faute et par suite responsable.

Il ne faudrait pourtant pas aller trop loin ; le notaire ne saurait refuser les témoins, que les parties lui présentent, lorsqu'il n'a aucun motif apparent de les exclure, ni exiger que les témoins soient choisis par lui-même. Mais tout au moins faut-il qu'il donne connaissance aux parties et aux témoins des conditions requises pour la validité de l'acte et que, notamment, il leur indique les cas d'incapacité en leur demandant s'ils ne se trouvent pas dans l'un de ces cas. En conséquence, le notaire qui omet de demander à un témoin choisi par le testateur s'il est parent de ce dernier commet une faute et doit être responsable.

Le notaire n'est pas responsable lorsqu'il a pris

soin d'expliquer aux parties et aux témoins, quelles conditions de capacité ces derniers doivent remplir et que le testament a été annulé parce que l'un des témoins choisis par le testateur était son parent. De même il n'encourrait aucune responsabilité à raison de l'extranéité de l'un des témoins du testament, s'il a donné lecture des articles 975 et 980 du Code civil et si les témoins ont déclaré remplir les conditions exigées par la loi. Il a cependant été jugé que le notaire est responsable de la nullité résultant de la parenté d'un témoin avec l'un des légataires, alors même qu'il aurait interpellé ce témoin sur sa capacité et que celui-ci aurait répondu négativement ; que le notaire qui dresse un acte de donation en présence de deux témoins dont l'un n'est pas citoyen français est responsable alors même qu'il n'a pas commis de faute, qu'il a interpellé les parties et les témoins sur leur capacité. Nous croyons que ces décisions vont un peu trop loin, elles sont du reste isolées. En tout cas le notaire n'est pas tenu d'interpeller les témoins pour leur demander s'ils sont débiteurs du testateur, il ne saurait être condamné à des dommages-intérêts s'il ignorait ce fait.

Le notaire est également responsable des nulli-

tés tenant de l'omission de formalités. Cette responsabilité a été reconnue dans un grand nombre d'espèces, il en sera ainsi si le notaire a omis de signer un acte ou d'y faire signer les témoins. De même, il sera responsable si le testament est annulé à raison de ce que un témoin s'est absenté pendant la lecture du testament.

Le notaire doit donc en principe la réparation du dommage qu'il a causé par sa faute. Cette responsabilité n'est pas une institution nouvelle, elle existait déjà en droit romain. La loi *de magistratibus circumveniendis* suppose que, par négligence ou dol du notaire, les biens d'un pupille ont été estimés au-dessous de leur valeur et autorise un recours contre lui. Dans notre ancienne jurisprudence les notaires répondaient également de leurs fautes envers les parties. Et la loi du 6 octobre 1791 enjoignait aux notaires de déposer dans la caisse des receveurs, à titre de garantie des faits de leurs fonctions, un fonds de responsabilité en deniers.

Comment le juge appréciera-t-il cette responsabilité? Il peut se borner suivant les circonstances, prononcer des dommages-intérêts qui sans être l'équivalent de la perte éprouvée, lui paraîtront une peine suffisante de la faute commise.

C'est pour ce motif qu'il a été jugé qu'à l'égard d'une donation annulée pour défaut de capacité de l'un des témoins instrumentaires, le notaire devait réparer le dommage, mais que ce dommage ne devait consister que dans le remboursement des frais de l'acte et de sa transcription.

Outre le degré de faute du notaire, on doit, pour la fixation des dommages-intérêts, prendre en considération la nature des prétentions de la partie lésée. Si sa demande a pour but d'éviter une perte, elle sera plus favorablement accueillie que si elle tend seulement à faire un gain. Ainsi la nullité d'un acte gratuit, pour lequel la partie n'a rien déboursé, pourra ne pas donner lieu à une responsabilité aussi sévère que la nullité d'un acte onéreux.

Ce recours en garantie contre le notaire ou ses héritiers sera ouvert du jour où la nullité de l'acte a été prononcée.

Mais est-ce de la même époque que commencera à courir la prescription contre l'action en responsabilité ? Non, car dans l'état actuel de la législation, la prescription d'un délit court du jour qu'il a été commis et non du jour seulement qu'il a été légalement constaté. Autrement la responsabilité pourrait peser sur la tête d'un

notaire ou de ses héritiers pendant un siècle ; convient-il de laisser les héritiers dans une si longue incertitude. Nous ne ferons même pas d'exception pour les testaments dont l'exécution peut, il est vrai, n'avoir lieu qu'au bout de trente ans de leur confection, parce que le testateur peut survivre tout ce temps. Le testateur n'est-il pas libre de faire vérifier en tout temps par des conseils, si les formes ont été ou non observées.

Le notaire en second qui signe un acte est-il sujet à la même responsabilité que le notaire en premier ?

Avant la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés, il était essentiel de rechercher quelles étaient les obligations légales du notaire en second relativement à sa présence aux actes qu'il signait, pour déterminer l'étendue de sa responsabilité par rapport à ces actes. De bons esprits, s'appuyant sur les articles 9, 10 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI s'étaient prononcés pour la nécessité de l'assistance des seconds notaires aux actes par eux signés. Dans ce système le notaire en second était soumis à l'action en responsabilité, et il avait été jugé que le notaire en second qui avait signé une procuration reconnue fausse, ne pouvait être déchargé de toute responsabilité à

l'égard des tiers, par ce fait que, conformément à l'usage suivi, il n'avait pas assisté à la passation de l'acte.

Mais la plupart des auteurs enseignaient que le notaire en second n'était pas tenu d'assister à la passation des actes auxquels il apposait sa signature, que l'acte reçu par le notaire en premier et signé ensuite par le notaire en second ne pouvait être annulé pour ce fait et que par suite la responsabilité du notaire en second n'existait pas sauf le cas où la loi exigeait, pour la confection d'un acte, le concours simultané des deux notaires.

Une pareille incertitude jetait la plus grave perturbation dans les affaires et cette considération amena la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés. D'après cette loi, la pratique antérieure est consacrée et le notaire en second n'est pas tenu, en règle générale, d'assister à la réception des actes auxquels il appose sa signature, excepté quand il s'agit de quelques actes déterminés par la loi. Il suit de là que la responsabilité, qui est la conséquence immédiate de la présence, a disparu.

Il est évident, en effet, que si les notaires sont dispensés d'assister à la réception des actes ordi-

naires, qu'ils signent cependant, et qu'ils sont tenus de signer comme notaires en second sans recevoir d'émoluments, ils ne peuvent engager leur responsabilité à raison d'actes qu'ils n'ont pas suivis et qui se sont consommés hors leur présence. Au contraire si le notaire en second a coopéré à la rédaction de l'acte sur l'invitation de l'une des parties, sa responsabilité est engagée, bien que sa présence ne soit pas nécessaire pour la validité de l'acte.

Par sa négligence, il a fait défaut à la confiance de son client.

On s'est demandé ce qui arriverait si l'acte contenait une condition contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Dans ce cas, le notaire en second serait-il responsable? Certains auteurs admettent l'affirmative. Ils se fondent sur ce que Franck-Carré, dans son rapport à la chambre des pairs, a dit que c'était pour le notaire en second un droit et un devoir de signaler à son confrère toute stipulation contraire aux lois et aux bonnes mœurs.

D'autres, au contraire, et ce sont les plus nombreux, estiment que le notaire en second, qui contresigne dans son étude, n'a pas pris connaissance de l'acte et ne saurait, par suite, être déclaré

responsable. C'est à notre avis l'opinion la plus conforme à la loi de 1843. Avant cette loi, l'action en responsabilité n'était exercée que comme corollaire de la nullité de l'acte reçu. La loi nouvelle a interprété celle de ventôse en ce sens que la nullité n'existe pas lorsque le notaire en second n'a pas assisté à la rédaction de l'acte.

Elle a donc implicitement décidé, qu'en principe, ce notaire ne saurait être garant du fait de son collègue.

Or, on ne trouve dans le texte de la loi aucune disposition qui permette de distinguer entre les nullités résultant de stipulations contraires aux lois et aux bonnes mœurs et toute autre nullité, pour rendre le notaire en second responsable ou pour l'affranchir de toute garantie.

La loi de 1843 a rigoureusement exigé l'assistance du notaire en second à la réception de certains actes solennels qu'elle détermine. L'article 2 porte en effet : « A l'avenir les actes notariés contenant donation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation et de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes seront à peine de nullité reçus conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de

deux témoins. La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature des parties. Elle est mentionnée à peine de nullité ».

La conséquence de cette disposition est que le notaire en second se trouve, dans les cas qu'elle prévoit, responsable comme le notaire rédacteur de l'acte.

Dans le cas où l'acte est passé conjointement par deux notaires parce que tel est le vœu de la loi, y a-t-il lieu de les condamner solidairement aux dommages-intérêts qui sont dus aux parties? Quelques auteurs enseignent la négative; ils se fondent sur ce que aucun texte de loi ne prononce la solidarité en pareille matière.

Mais l'opinion contraire est préférable. Nous croyons qu'on doit admettre la solidarité par la raison que, sans la réunion de tous ceux qui ont causé le dommage, il n'y aurait pas eu de préjudice. Il a été décidé, dans ce sens, qu'en matière de délits et quasi-délits la condamnation solidaire à la réparation du dommage causé peut être prononcée par les tribunaux, que la solidarité se forme en pareil cas sans convention et résulte de la nature même et de la force des choses. Et spé-

cialement il a été jugé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 décembre 1852 que les auteurs d'un fait dommageable auquel ils ont participé de concert, sont solidairement tenus de le réparer, chacun d'eux étant censé être la cause unique du dommage.

Toutefois ce serait une erreur de croire que la signature du notaire en second soit une formalité inutile dans les actes notariés ordinaires. La faculté du contrôle lui appartient et lui permet la revision matérielle de l'acte.

En vérifiant, comme il doit le faire, si les formes extérieures ont été observées, si le protocole est régulier, si l'énoncé des mots nuls a été exactement paraphé, si l'acte ne contient pas de blancs ou d'interlignes dont l'abus est possible, le notaire en second exerce un contrôle sérieux et utile. Est-ce qu'il ne lui appartient pas de signaler à son confrère l'omission qu'il aurait faite de l'une des conditions essentielles de la validité de l'acte. Le notaire en second est donc tenu de veiller non pas à la légalité du consentement des parties, à leur capacité ou à l'application du fond du droit, mais de contrôler la régularité matérielle et extérieure de l'acte avant d'y apposer sa signature.

D'où il y a lieu de conclure que si le notaire en second néglige de remplir la tâche que le législateur lui a imposée, s'il signe sans regarder, s'il laisse subsister par inadvertance une irrégularité manifeste que son contrôle pouvait faire disparaître, il est responsable et doit réparer le dommage résultant pour les parties de l'état d'imperfection dans lequel l'acte est passé.

Quant aux témoins instrumentaires, sont-ils responsables de l'inobservation des formalités prescrites par la loi, et spécialement sont-ils responsables de leur incapacité ? nous ne le croyons pas. Leur mission consiste uniquement à assister à l'acte et à rendre témoignage au besoin de ce qu'ils ont vu et entendu. Mais il en serait autrement si les témoins participaient à un faux, ou s'ils avaient connaissance des prévarications commises par le notaire. De même ils seraient responsables si par leurs fausses déclarations ils induisaient en erreur les parties et les notaires. Dans ce cas il y a faute de leur part et ils seraient passibles de dommages-intérêts conformément à l'article 1382 du Code civil.

CONCLUSION

Le Sénat, dans sa séance du 31 janvier 1899, discutait en première délibération le projet de loi sur la réforme du notariat. Au cours de cette discussion, une polémique assez longue s'engageait relativement à la modification de l'article 9 de la loi de ventôse. La Commission proposait de supprimer le concours du second notaire ou des deux témoins pour tous les actes autres que ceux énumérés dans l'article 2 de la loi de 1843, lorsque les parties savaient signer ; mais elle apportait une restriction et demandait le concours soit du second notaire soit des témoins dans les actes ou les parties ou l'une d'elles ne savaient ou ne pouvaient signer.

D'autres, tels que MM. Dufoussat et Revet, s'élevaient vivement contre cette disposition, demandant au Sénat la suppression pure et simple de la vaine formalité du notaire en second et

destémoins instrumentaires, même à l'égard des illettrés. M. Revet notamment faisait remarquer avec justesse quelles difficultés nouvelles le projet créait au notariat. Il est des actes, en effet, où les notaires ont à réunir jusqu'à dix ou douze signatures. Ne pouvant exiger la présence simultanée de tous les signataires, ils seront par le fait même dans l'impossibilité de deviner si, parmi les personnes dont ils auront à demander plus tard la signature, il ne s'en trouvera pas qui ne savent pas signer. Qu'arrivera-t-il dans ce cas, faudra-t-il recommencer l'acte et rappeler les parties.

M. Lebreton, alors ministre de la justice, reconnaissant de son côté que ce mode de procéder présenterait dans la pratique de sérieux inconvénients, résolut d'en référer à la commission. Mais celle-ci se contenta de modifier le texte de la disposition sans en changer le fond. Elle supprima dans les actes notariés le notaire en second et les témoins instrumentaires, mais elle les maintint pour les actes prévus par la loi du 21 juin 1843 et pour les actes dans lesquels l'une des parties ne savait ou ne pouvait signer. Le projet fut adopté par le Sénat.

Une proposition de loi ayant le même objet fut déposée à la Chambre des députés, dans la séance

du 23 mars 1900, par MM. Leo Mellut, Chabrié, Lachière, Emile Rey et Babaud-Lacroze. Elle diffère du projet précédent en ce qu'elle maintient la formalité du notaire en second et des témoins instrumentaires uniquement pour les testaments et pour les actes concernant des parties ne sachant ou ne pouvant signer.

Quels sont les motifs invoqués par ceux qui proposent ces différentes réformes ; en d'autres termes, quelle est l'utilité de la présence du second notaire ou des témoins instrumentaires au moment de la signature des actes ?

En principe, l'on pourrait se demander pourquoi le législateur a fait intervenir, à côté du notaire rédacteur de l'acte, un notaire en second ou des témoins instrumentaires. Aux termes de l'article 43 de la loi de ventôse an XI, la moralité et la capacité sont exigées comme conditions essentielles pour être admis aux fonctions notariales. « Dans le commerce ordinaire de la vie, disait le conseiller Réal, l'homme qui manque aux lois ordinaires de la délicatesse, celui qui ne fait pas tout ce que la probité commande, est presque toujours hors des atteintes de la loi, aucun tribunal ne peut infliger des peines ; mais lorsqu'il s'agit d'un notaire, un manque de délicatesse est

déjà un délit reprehensible et le défaut de probité est un crime qui doit être sévèrement puni ». Les pénalités graves, établies par la loi contre l'officier ministériel oublieux de ses devoirs, la surveillance des chambres de discipline et des tribunaux, devraient, d'autre part, être considérées comme une garantie suffisante de la probité du notaire rédacteur et le dispenser du contrôle d'un confrère ou des témoins.

De même, dans la pratique, nous ne voyons aucun inconvénient à conférer à un notaire, qui instrumente seul et sans l'assistance des témoins, le droit de donner aux actes qu'il rédige le caractère de l'authenticité.

Sans doute, l'on nous dira que le notaire en second ou les témoins ont une mission ; qu'ils sont chargés de vérifier si les formes extérieures des actes sont observées, si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exactement paraphés, si l'acte ne contient ni blancs ni interlignes dont on puisse abuser. De plus, l'obligation d'imiter la signature du notaire en second ou des témoins rendrait le faux plus difficile si quelque individu était tenté d'en commettre et mettrait plus vite sur la trace du crime. Enfin, dit-on, la signature du second notaire ou des témoins sera un obstacle aux retran-

chements et aux intercalations de renvois qu'on voudrait faire par la suite au détriment des parties ou du fisc.

Mais ces considérations sont bien peu importantes à l'heure actuelle, vu l'interprétation définitive donnée depuis 1843 à l'article 9 de la loi de ventôse : le notaire en second ou les témoins pouvant n'être appelés à la signature d'un acte que bien longtemps après sa confection.

Du reste, quand les parties, qui figurent au contrat, savent lire et écrire, il n'y a pas de danger sérieux à autoriser le notaire à instrumenter seul et sans l'assistance des témoins. Quel est donc l'individu assez négligent pour signer en aveugle l'acte notarié qui le concerne ? Quel est celui des contractants qui serait assez peu soucieux de ses intérêts pour apposer sa signature sur un acte dont il ne connaîtrait pas la teneur et sans avoir vérifié s'il contient la relation exacte de ses accords ? La signature de tous les contractants permet au contraire de supposer que le notaire rédacteur a fidèlement reproduit les dires des parties.

Nous ajouterons même que, dans certains cas, l'intervention du second notaire ou des témoins présente dans la pratique de sérieux inconvé-

nients. Il peut être gênant, disait M. Lebreton, pour les individus qui veulent faire certains actes, par exemple souscrire une reconnaissance de dette ou contracter un emprunt, de voir auprès du notaire qu'ils connaissent, deux témoins qui pour eux sont les premiers venus, ou un autre notaire dans lequel ils n'ont peut-être pas la même confiance. Car ceux-ci prenant connaissance des actes auxquels ils participent, se mettront par le fait même au courant de la situation d'une famille, situation que les parties auraient voulu garder secrète.

Tout autre est le cas où celles-ci ne savent ou ne peuvent signer. Dans cette hypothèse, il est évident que la probité et la bonne foi du notaire rédacteur sont les seules garanties de la sincérité de l'acte public; et des faits malheureusement trop récents nous prouvent que cette garantie est parfois illusoire.

En effet, lorsque les contractants sont illettrés, comment peuvent-ils se rendre compte de l'exactitude et de la fidélité de l'acte qu'ils viennent de signer? Il serait facile, en pareil cas, au notaire rédacteur, d'insérer dans l'acte des clauses préjudiciables à l'une ou à l'autre des parties et même, fait plus grave encore, de faire comparaître dans

les actes des personnes illettrées dont la signature, par suite, ne serait pas au bas de la minute, alors que ces personnes n'auraient pas comparu devant le notaire et ne seraient en aucune façon intervenues dans l'acte.

Nous admettons également la présence du notaire en second et des témoins instrumentaires lors de la lecture et de la signature des testaments, car ce sont là des actes unilatéraux d'une nature exceptionnellement grave. Contenant l'expression des dernières volontés d'une personne, il importe que cette volonté puisse se manifester librement et que l'indépendance du testateur soit assurée contre l'intrigue et la cupidité.

D'autre part, afin d'éviter des difficultés sans nombre et des procès multiples sur la véracité des dispositions testamentaires, il est bon d'entourer celles-ci de garanties spéciales. Aussi l'ordre public et l'intérêt général se trouvant en jeu tout autant que les intérêts particuliers, il est nécessaire, disait Ricard, « de multiplier les contrôleurs de tout ce qui se passe en cette matière ».

Quant aux actes prévus par la loi du 21 juin 1843 le projet de loi adopté par le Sénat avait maintenu la nécessité de la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires lors de leur lec-

ture et de leur signature par les parties. La proposition du 23 mars 1900, au contraire, supprime cette formalité. Nous serions plutôt portés à adopter l'avis du Sénat. Sans doute il ne s'agit pas ici d'un acte de dernière volonté, mais l'intérêt du donateur n'en exige pas moins des garanties particulières. Le donateur se dépouille gratuitement sans compensation. Il importe de le prémunir contre des libéralités trop peu réfléchies, résultant d'un simple caprice ou d'un mécontentement passager, et qu'il regrettera peut-être amèrement par la suite.

De plus, l'intérêt même de la Société exige que les biens ne soient pas détournés à la légère de leur destination naturelle qui est de revenir après notre mort à nos plus proches parents. L'ensemble des formalités dont le législateur entoure les donations, et notamment la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires, donneront sans doute à réfléchir au donateur et lui rappelleront ses devoirs. Enfin la présence du second notaire ou des témoins aura un autre effet plus important encore, car elle permettra au donateur de disposer de ses biens en toute indépendance. Elle découragera les individus d'une honnêteté douteuse, décidés à user de la faiblesse ou de

la maladie du disposant pour se faire octroyer des libéralités injustifiées, de même qu'elle écartera les manœuvres déloyales que le donateur n'avait plus la force physique ou morale de repousser.

Tel est le nouveau projet de loi dont nous souhaitons vivement l'application. Tout d'abord, il facilitera aux notaires l'exercice de leurs fonctions en les dispensant de recourir à une formalité surabondante et toujours ennuyeuse. En outre, dans certains cas déterminés, qui empruntent aux circonstances dans lesquelles ils se produisent un caractère particulier d'intérêt ou qui s'appliquent plus spécialement aux faibles et aux humbles, il importe de sauvegarder l'intérêt des parties en leur assurant une protection efficace.

Que de notaires, en effet, sentant la ruine prochaine et pour se procurer des fonds, se sont laissés aller à commettre des faux en retenant des contrats d'obligations où étaient censés figurer en qualité d'emprunteurs des personnes illettrées, ignorant absolument l'acte passé en dehors d'elles. Aussi, l'application du nouveau projet maintiendra les notaires dans la stricte observation de leurs devoirs et de leur dignité, de même qu'elle donnera aux parties des garanties de sécurité sinon absolues, du moins considérables.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
I. — INTRODUCTION.....	1
II. — RÉCEPTION DES ACTES NOTARIÉS.....	9
Nature de la présence réelle.....	9
Actes dans lesquels elle est exigée.....	15
<i>Quid</i> du contrat de mariage.....	17
<i>Quid</i> du contrat d'hypothèque.....	22
De la présence du notaire en second ou des té- moins dans les :	
Donations.....	24
Procurations.....	26
Reconnaissance.....	26
Actes respectueux.....	30
Testaments.....	33
Nombre des témoins.....	42
Lecture et signature des actes.....	43
III. — CAPACITÉ DU NOTAIRE EN SECOND ET DES TÉ- MOINS INSTRUMENTAIRES.....	51
Causes d'incapacité.....	53
Parenté.....	53

	Pages
Sexe.....	62
Age.....	67
Privation de droits civils.....	69
Faillite.....	70
Incapacités physiques.....	75
Incapacité putative.....	79
 IV. — NULLITÉ DES ACTES AUTHENTIQUES. — RES- PONSABILITÉ DES NOTAIRES ET DES TÉMOINS INS- TRUMENTAIRES	83
Incompétence du notaire en second.....	90
Incapacité.....	90
Vice de formes.....	91
Responsabilité des notaires.....	100
Responsabilité des témoins.....	111
 V. — CONCLUSION.....	112

VU :

Le Président de la thèse,

R. SALEILLES.

VU :

Le Doyen,

GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

